

Тудор ОСОЯНУ, доктор права, доцент, адвокат
старший научный сотрудник Института истории,
государства и права Академии наук Молдовы

ГАРАНТИИ РАВНОПРАВИА СТОРОН ПРИ РАССМОТРЕНИИ СУДОМ ВОПРОСА О ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ЗАКЛЮ- ЧЕНИЯ НА СТАДИИ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

Criminal legal proceedings are understood as set of two stages of activity: pre-judicial and judicial manufacture on criminal case. The conclusion about giving of competitiveness of the status arises, is valid the general remedial principle and distribution of its action, including for a stage of preliminary investigation.

The European Court recognizes infringement 4 items 5 of the Convention if accused or its defender have not been acquainted with the materials of criminal case directed to court for a substantiation of the petition for application of a preventive punishment in the form of imprisonment. It allows to address in the European Court with the complaint to the specified infringement, or to use the stated case practice in the appeal on the decision of the judge who has satisfied the petition for election of imprisonment concerning accused or the suspect. On the basis of the spent analysis it suggested to add the criminally-remedial law of Republic Moldova with positions by allocating right of acquaintance with materials of criminal prosecution attached to the petition for application or prolongation of arrest for the appeal of this decision in a cassation order accordingly the suspect accused and the defender.

Заключение под стражу - самая строгая мера пресечения, связанная с лишением человека свободы и необходимостью подчиняться суровым требованиям режима в местах заключения и определенным ограничениям.¹ Ее применение представляет собой самое острое вторжение в сферу прав граждан на свободу и личную неприкосновенность, гарантированных Конституцией РМ (ст.25), ЕКПЧ (ст.5) и ст.11 УПК РМ.

В соответствии с законом предварительный арест применяется в случае, если невозможно применить иную менее жесткую меру пресечения. Единственный орган, уполномоченный законом, применять эту меру является судебная инстанция. Установив необходимость избрания в отношении подозреваемого, обвиняемого в качестве меры пресечения предварительного ареста или домашнего ареста, либо необходимость продления срока ареста обвиняемого, прокурор представляет в судебную инстанцию ходатайство об избрании меры пресечения или о продлении срока ареста обвиняемого. В ходатайстве должны быть изложены мотивы и основания для применения в отношении обвиняемого предварительного ареста или домашнего ареста, либо необходимость продления срока ареста обвиняемого. К ходатайству прилагаются материалы, подтверждающие его обоснованность.

¹ Dorel Andrieș, Dorel Metes, „Măsura arestării preventive”, în Revista de Drept penal, an. VIII, nr. 2, 2001, c. 88.

Полагаем, что, возбуждая перед судом ходатайство об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, стороне обвинения необходимо доказывать, не просто утверждать, а именно доказывать, представляя доказательства, отвечающие всем требованиям относимости, допустимости и достаточности, что, оставаясь на свободе, обвиняемый скроется от дознания, следствия или суда; может продолжать заниматься преступной деятельностью; либо может угрожать свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства, а также уничтожить доказательства, либо иным образом воспрепятствовать производству по уголовному делу.

Судья по уголовному преследованию, получив ходатайство прокурора о применении предварительного ареста или домашнего ареста, незамедлительно (в тот же день, но не позднее момента истечения срока задержания) рассматривает это ходатайство в закрытом судебном заседании с участием прокурора и представителя органа уголовно преследования, защитника и подозреваемого. Явка прокурора, адвоката и подозреваемого (обвиняемого) в судебном заседании обязательна.

К ходатайству прилагаются копии постановления о начале уголовного преследования, в зависимости от случая копия постановления о привлечении в качестве обвиняемого, копии протокола о задержании, допроса подозреваемого, обвиняемого, а также копии других процессуальных документов подтверждающих наличие оснований для предварительного ареста (данные характеризующие личность подозреваемого, обвиняемого, о наличии судимости, а также данные подтверждающие угрозы в отношении свидетелей и потерпевших).²

При рассмотрении ходатайства о применении предварительного ареста судья обязан проверить наличие разумных оснований для предположения, что лицо совершило преступление либо наличие основания полагать, что существует необходимость воспрепятствовать этому лицу совершить новое преступление или скрыться от правоохранительных органов после его совершения, либо отрицательно повлиять на доказательства.³

Разумное предположение должно быть основано на фактах или информации, устанавливающих объективную связь между подозреваемым и предположенным деянием, изложенных в документах либо научно-технических и судебно-медицинских заключениях, на других объективных данных, прямо касающихся лица, подозреваемого в совершении ущербного деяния (Постановления ЕСПЧ по делам Вюррей или Броуган против Соединенного Королевства).

² Здесь и в дальнейшем имеется виду Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова принимаемый Законом №122-ХV от 14 марта 2003г. и вступивший в законную силу 12 июня 2003г. на основании Закона №205- ХV от 29 мая 2003 г.

³ П.1 Постановления Пленума Высшей Судебной Палаты Р.М. от 28.03.2005. №4 О применении судебными инстанциями некоторых требований уголовно-процессуального законодательства о предварительном аресте и домашнем аресте, (измененная Постановлением Пленума Высшей Судебной Палаты Р.М. от 07.11.2005 №19)

На основании ст. 66 ч.2 п.21 УПК РМ, обвиняемый вправе знакомиться с материалами, представленными в суд в подтверждение его ареста. Адвокат, а также задержанный или арестованный согласно ст.66 ч.2 п.21 УПК в ходе рассмотрения судебной инстанцией ходатайства вправе ознакомиться с материалами, представленными в суд в подтверждение его ареста.⁴

Между тем, о таком праве не говорится в перечнях прав подозреваемого (64 УПК РМ). С другой стороны, закон устанавливает ограничения ознакомления указанных участников уголовного судопроизводства с материалами уголовного дела до окончания уголовного преследования, за исключением тех, о возможности ознакомления с которыми прямо указано в УПК РМ. На практике указанные положения УПК толкуются таким образом, что они предоставляют судье дискреционное право решать - с какими материалами уголовного дела, приложенными к ходатайству, можно знакомить обвиняемого и его защитника, а с какими – нет. В итоге возникает нарушение равенства сторон в судебном заседании, на котором рассматривается ходатайство об аресте, поскольку одна из сторон (прокурор) и судья знакомы с материалами, подтверждающими обоснованность и законность заключения под стражу, а обвиняемый и его защитник – нет.

Состязательный процесс по сути своей тесно связан с принципом «равенства сторон в судебном разбирательстве».

Равенство процессуальных прав сторон в теории уголовного процесса рассматривается как необходимый элемент основополагающего принципа уголовного судопроизводства-состязательности.⁵

Состязание можно считать справедливым только тогда, когда противоборствующие стороны находятся примерно в одной «весовой категории», то есть обладают стартовыми возможностями для защиты своих законных интересов.⁶

Оба эти принципа являются основанием для обеспечения беспристрастного суда в соответствии с ст.6 § 1 ЕКПЧ и на них часто ссылаются при судебных слушаниях в Европейском Суде.

Участвующие в уголовном судопроизводстве стороны пользуются равными правами и наделены уголовно-процессуальным законом равными возможностями в защите своей позиции. (ст.24 ч.3 УПК РМ).

Состязательность связывают традиционно в уголовном процессе со стадией судебного разбирательства. Такое мнение вытекает из характеристики отдельных элементов состязательности, данных в отдельных норм закона.

⁴ Конин В.В., К вопросу о предмете доказывания при избрании меры пресечения в виде заключения под стражу // Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения (к 5-летию УПК РФ); Материалы международной научно - практической конференции. М., МГЮА. 2007 <http://iuaj.net/modules.php?name=Pages&go=page&pid=192-15.02.10>

⁵ П.3 Постановления Пленума Высшей Судебной Палаты Р.М. от 28.03.2005. №4

⁶ П. 14 Постановления Пленума Высшей Судебной Палаты Р.М. №4 от 28.03.2005 См. так же: Броуган (Brogan) и др. против Соединенного Королевства (Судебное решение от 29 ноября 1988) // Европейский Суд по правам человека, Избранные решения, Том 1, Изд. НОРМА, Москва, 2001, стр.610-636

Стороны процесса избирают свою позицию, способы и средства ее отстаивания самостоятельно и независимо от суда, других органов или лиц. (ст.24 ч.4 УПК РМ).

Уголовное судопроизводство понимается как совокупность двух этапов деятельности: досудебного и судебного производства по уголовному делу. Напрашивается вывод о придании состязательности статуса, действительно общего процессуального принципа и распространение его действия, в том числе и на стадию предварительного расследования.⁷

Судебное разбирательство должно так же соблюдать требование состязательности и равенства сторон, сформулированное Европейским Судом в процессе применения ст.6 ЕКПЧ, т.е. лицо, добывающееся своего освобождения, должно быть в курсе представления, внесенного для обоснования содержания его под стражей, а также должно ознакомиться с сопутствующими доказательствами, и иметь возможность подготовиться к их опровержению.

В решении по делу Нидбала против Польши Суд постановил, что, хотя порядок, установленный § 4 ст.5. не должен обязательно сопровождаться гарантиями, которые предусмотрены § 1 ст.6 ЕКПЧ, тем не менее, он должен «иметь судебный характер и предоставлять гарантии, соответствующие рассматриваемому типу лишения свободы». Европейский Суд также добавил, что «в особенности, в ходе судебного разбирательства, касающегося жалобы в отношении ордера на арест, должно быть обеспечено «равенство сторон» прокурора и задержанного».

В решении по делу Илийков против Болгарии Суд напомнил, что судебное разбирательство, касающееся обжалования задержания, «должно быть состязательным и должно адекватно обеспечивать «равенство сторон» прокурора и задержанного».⁸

Оценка необходимости содержания под стражей и последующее определение виновности слишком тесно связаны, чтобы отказывать в доступе к документам в первом случае, если закон требует этого в последнем.

В то время как королевский адвокат был ознакомлен со всем делом, разбирательство не дало апеллянту возможности соответствующим образом опровергать доводы, от которых зависела обоснованность содержания под стражей. Поскольку оно не обеспечило равенства сторон, разбирательство не было действительно состязательным» Lamy п. Бельгии, Решение от 30.03.89, Seria A nr. 151, pp. 16-17, § 29, и Garcia Alva п. Германии, Решение от 13.02.2001, nr. 23541/94, §§ 39-43,).

Таким образом, Европейский Суд признает нарушение § 4 ст. 5 Конвенции, если обвиняемый или его защитник не были ознакомлены с материалами уголовного дела, направленными в суд для обоснования ходатайства о

⁷ П. 14 Постановления Пленума Высшей Судебной Палаты Р.М. №4 от 28.03.2005

⁸ П.6 Постановления Пленума Высшей Судебной Палаты Р.М. №4 от 28.03.2005.

применении меры пресечения в виде заключения под стражу. Это позволяет обратиться в Европейский Суд с жалобой на указанное нарушение, либо использовать изложенную прецедентную практику в кассационной жалобе на постановление судьи, удовлетворившего ходатайство об избрании заключения под стражу в отношении обвиняемого или подозреваемого.

В решении ЕСПЧ по делу Цуркан и Цуркан против Молдовы признал, что equality of arms не было обеспечено, поскольку адвокату не были предоставлены в стадии уголовного преследования, возможность ознакомиться с теми материалами уголовного дела, которые являются существенными для эффективного обжалования в кассационном порядке законность ареста.⁹ (Заявление № 39835/05, Решение от 23.10. 2007).

В данном решении ЕСПЧ, ссылаясь на решение по делу Бекчиев против Молдовы, (Заявление № 9190/03, Решение от 04. 10. 2005) в частности обращает внимание на то, что в случае наличия доказательств, которые имели бы взаимосвязь с законностью продления срока ареста, соответствующее рассмотрение и оценка этих доказательств национальными инстанциями, является принципиальным для соблюдения ст. 5 § 4 ЕКПЧ. Европейский Суд напомнил, что Буюканский Суд, отказав в допросе свидетеля С.Н. нарушил права V.T. гарантированные 5§ 4 Конвенции.¹⁰

В решении ЕСПЧ по делу Мушук против Молдовы (Заявление № 42440/06 Решение от 06. 11. 2007) постановил, что основательный отказ национальных судов в удовлетворении просьбы заявителя об ознакомлении с показаниями свидетеля, в том случае, когда в качестве обоснования его содержания под арестом в ходе уголовного преследования приводится предположение о давлении на свидетеля, признается нарушением § 4 ст.5 Конвенции.¹¹

В обоснование вывода о наличии оснований для заключения обвиняемого (подозреваемого) под стражу органы уголовного преследования могут приводить доказательства, допустимость которых вызывает у защиты сомнения. Не исключено, что на эти доказательства может ссылаться суд в обоснование своего решения о заключении под стражу. Проблема усугубляется тем, что процедура судебного заседания по рассмотрению ходатайства о заключении под стражу, предусмотренная ст. 307, 308 УПК РМ, не содержит указания на возможность разрешения судьей ходатайств о признании каких-либо доказательств недопустимыми. Не содержится четкого указания на это и в ч.4 ст.ст. 307, 308 УПК РМ, в котором перечислены решения, принимаемые судьей по результатам рассмотрения ходатайства

⁹ Насонов С., *Состязательность процедуры («equality of arms») рассмотрения судом ходатайства об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу.* <http://sergei-nasonov.narod.ru/links2.html>-13.02.2010

¹⁰ Александр Ярмыш, Юрий Янович, *Процессуальное равноправие сторон в уголовном судопроизводстве-проблемы справедливости*, in Материалы Международной научно практической конференции, Уголовно-процессуальная справедливость, Рига, 2005, стр.205

¹¹ Емузов А., *Особенности процессуального доказывания в условиях состязательности по УПК Р.Ф.*, in Российский судья, 2005, №3, стр.22

о заключении под стражу подозреваемого и соответственно обвиняемого. Безусловно, что сторона защиты может и в суде, и в кассационной жалобе ссылаться на ст.94 УПК РМ, согласно которой недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть использованы для доказывания оснований заключения под стражу. Однако, в отличие от предварительного слушания и судебного заседания по делу, возможности защиты в данном судебном заседании существенно ограничены.

На основании ст. 94 ч.1 УПК РМ при производстве по уголовному делу не могут быть допущены в качестве доказательств и, следовательно, положены в основу приговора или другого судебного решения данные, полученные незаконным путем.

Существенными нарушениями УПК при получении доказательств считаются нарушения конституционных прав и свобод человека или каких-либо положений уголовно-процессуального закона путем лишения участников процесса гарантированных им прав или ограничения этих прав, что повлияло или могло повлиять на достоверность полученной информации, документа или предмета.

Справедливость получения доказательств по общему правилу определяется национальным правом и оценивается национальным судом. Вместе с тем, термин «в соответствии с законом» («предусмотрено законом») в п. 2 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, как и во многих других положениях Конвенции, не подразумевает безусловной отсылки к внутреннему праву.

Вместе с тем, использование судом недопустимых доказательств¹² не всегда влечет признание Европейским Судом проведенного судебного разбирательства несправедливым.

В случае ссылок судьи в мотивировочной части постановления о заключении обвиняемого под стражу на недопустимые доказательства, в жалобе в Европейский Суд, можно указывать на нарушение ст.ст. 5 и 6 Конвенции с оговорками, изложенными выше.¹³

Мы полагаем, что в качестве другого судебного решения, может быть в смысле статьи 94 ч.1 УПК РМ и определение судьи по уголовному преследованию о применении предварительного ареста на стадии уголовного преследования, а так же определение кассационной инстанции проверяющее законность определения судьи по уголовному преследованию.

Поэтому в определениях суда связанных с арестом лица в стадии уголовного преследования не следует ссылаться на доказательства полученных незаконным путем. В этом контексте, так же важно выявление

¹² Екимова Л., *Состязательность при рассмотрении судом ходатайств органов предварительного расследования* // Правовая защита частных и публичных интересов по уголовным делам, Материалы V Международной межвузовской научно-практической интернет конференции, Челябинск, 2008, с.196

¹³ Там же

судами других нарушений прав человека, в том числе соблюдение прав, свобод и человеческого достоинства в местах предварительного заключения.

Другим актуальным и наиболее важным вопросом для Республики Молдовы является соблюдение прав человека в местах лишения свободы.

В ходе уголовного судопроизводства никто не должен подвергаться пыткам, жестокому, бесчеловечному или унижающему человеческое достоинство обращению, содержаться в унижительных условиях, принуждаться к участию в процессуальных действиях, унижающих человеческое достоинство (ст.10 ч.3 УПК РМ).

Никто не должен подвергаться пыткам, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению. (ст.3 ЕКПЧ).

Любое лицо имеет право защищать всеми не запрещенными законом средствами свои права, свободы и человеческое достоинство, незаконно ущемленные или ограниченные в ходе уголовного судопроизводства (ст.10 ч.4 УПК РМ).

С целью усиления защиты от пыток и от бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, на основании ст.1 Европейской Конвенции по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, был создан Европейский комитет по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, который посредством посещений изучает обращение с лицами, лишенными свободы.

Считаем что юриспруденция Европейского Суда, признавшее нарушение ст.3 по молдавским делам довольно насыщена.¹⁴

Подозреваемый, обвиняемый подвергающейся пыткам, жестокому, бесчеловечному или унижающему человеческое достоинство обращению, содержаться в унижительных условиях, принуждаться к участию в процессуальных действиях, унижающих человеческое достоинство вправе заявлять об этом в суде при решении вопроса об его аресте или освобождении в ходе уголовного преследования. Судебные инстанции, рассматривая ходатайство прокурора о продлении предварительного заключения, либо кассационной жалобы на определение о продлении предварительного ареста, обязаны приобщить к делу и учитывать соответствующим образом доказательства пыток, бесчеловечного или унижающему достоинство обращение.

В соответствии с ст.218 УПК РМ и п.39 Постановления Пленума Высшей Судебной Палаты Р.М. от 28.03.2005. №4, установив в ходе судебного разбирательства факты нарушения законности и прав человека, судебная инстанция одновременно с постановлением решения выносит и частное определение, которым доводит эти факты до сведения соответствующих органов, должностных лиц и прокурора.

¹⁴ Моника Маковой, Разумов С.А., *Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Статья 5, Право на свободу и личную неприкосновенность, Прецеденты и комментарии*, М., 2002, с. 102

Обобщая вышеизложенное, можем сделать следующие выводы.

Республика Молдова присоединившись к ЕКПЧ, взяла на себя обязательство гарантировать защиту прав и свобод, провозглашенных ЕКПЧ, всех лиц находящихся под ее юрисдикцией. Из положений Конституции Р.М. (ч.2 ст.4), а также из Постановления Конституционного Суда №55 от 14 октября 1999 О толковании некоторых положений ст.4 Конституции Р.М., следует, что ЕКПЧ является составной частью внутренней правовой системы и соответственно применима на прямую, как и другие законы Р.М., с той лишь разницей, что ЕКПЧ пользуется приоритетом перед любыми другими внутренними законами, противоречащим ей.

Первейшая задача по применению Конвенции принадлежит национальным судебным инстанциям, а не Европейскому Суду по правам человека. Для правильного применения конвенции необходимо предварительно изучать юриспруденцию Европейского суда по правам человека, единственно наделенного правом посредством своих решений давать официальные толкования положениям ЕКПЧ, имеющим обязательный характер. Судебные инстанции обязаны руководствоваться этими и разъяснениями в применении ЕКПЧ.¹⁵ Следует так же, детально изучить и применять в практике решения ЕСПЧ по молдавским делам, поскольку в них наглядно указывается на особенности национальной юриспруденции и ее совместимости с положениями Конвенции. В этом контексте нужно систематически обобщать национальную правоприменительную практику, выявлять причины нарушения ст. 5 ЕКПЧ и устранить корни и тенденцию к распространению этого негативного феномена на будущее.

Отказ прокурора или судебной инстанции (в том числе и коллегией по уголовным делам Апелляционной палаты) в удовлетворении заявления подозреваемого, обвиняемого и их защитника об ознакомлении с материалами, представленными в суд в подтверждение его ареста, квалифицируется как нарушение ст.66 ч.2 п.21 УПК РМ и п.6 Постановления Пленума Высшей Судебной Палаты Р.М. от 28.03.2005. №4 и может привести к признанию нарушения ст. 5 § 4 ЕКПЧ.

Являются крайне недопустимыми обнаруженные нами в практике национальных инстанции, вынесение определения о предварительном аресте и последующим его продлении по одному и тому же уголовному делу, только на основании ходатайства прокурора, без приобщении других материалов уголовного преследования. В таких случаях не только защита лишается своих прав в связи с процедурой ареста, но сам суд не в состоянии проверить законность и обоснованность ареста, а так же наличие других оснований для его продления. Нередко представители обвинительной стороны ссылаются необоснованно на конфиденциальность уголовного преследования, хотя на основании ст.212 ч.2 УПК РМ, защитник может

¹⁵ Там же, с.103

представлять письменное заявление о том, что были предупрежден об ответственности, предусмотренной ст.315 УК РМ.

Мы полагаем, что в качестве другого судебного решения может быть в смысле ст. 94 ч.1 УПК РМ и определение судьи по уголовному преследованию о применении предварительного ареста на стадии уголовного преследования, а так же определение кассационная инстанции проверяющее законность определения судьи по уголовному преследованию. Исходя из этого в определениях суда связанных с арестом лица в стадии уголовного преследования, не следует ссылаться на доказательства полученных незаконным путем, для обоснования ареста.

По нашему мнению в своих определениях по делам связанные с процедурой ареста и его обжалования, национальные суды должны высказываться помимо мотивации применения или отказа в предварительном аресте, и в отношении заявлений защиты о представлении материалов уголовного преследования, предъявленные прокурором в подтверждении ходатайства об аресте, а так же в отношении заявлений защиты о констатации нарушении прав человека в местах лишения свободы, одновременно с вынесением частного определения, в соответствующих случаях.

Предлагаем дополнить ст.64 ч.2 УПК РМ новым пунктом, наделяющим и подозреваемого правом ознакомления с материалами, представленными в суд в подтверждение его ареста.

Предлагаем дополнить ст.ст.64 ч.2, 66 ч.2 п.21 и 68 ч.2 п.3 УПК РМ положениями наделяющим правом ознакомления с материалами уголовного преследования приобщенные к ходатайству о применении или продлении ареста для обжалования этого решения в кассационном порядке. соответственно подозреваемого, обвиняемого и защитника. Данная рекомендация призвана соблюдать права стороны защиты в процессе для случая: если в праве ознакомления с материалами дела отказал судья по уголовному преследованию; либо если при рассмотрении кассационной жалобы в порядке ст. 312 УПК РМ участвует другой адвокат; а так же для случая представления новых документов прокурором, который подал жалобу на определение суда об отказе в удовлетворении ходатайства для применения предварительного ареста.