

**НАЦИОНАЛЬНАЯ АКАДЕМИЯ
ПРАВОВЫХ НАУК УКРАИНЫ**

**НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ
ГОСУДАРСТВЕННОГО СТРОИТЕЛЬСТВА
И МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ**

*Серия «Научные доклады»
Выпуск 17*

А. ЕВСЕЕВ

**СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ В УКРАИНЕ:
ЗАТЯНУВШИЙСЯ ТРАНЗИТ**

**Харьков
«Юрайт»
2016**

УДК 342.56(477)
ББК 67.9(УКР)71
Е 25

Серия основана в 2012 г.

*Работа рекомендована к печати ученым советом
Научно-исследовательского института государственного
строительства и местного самоуправления НАПрН Украины
(протокол № 12 от 14.12.2015 г.).*

Рецензенты:

Каплина О.В. – доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой уголовного процесса Национального юридического университета им. Ярослава Мудрого;

Петришина М.А. – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного строительства Национального юридического университета им. Ярослава Мудрого;

Жернаков М.В. – кандидат юридических наук, эксперт Реанимационного пакета реформ.

Редакционная коллегия:

Ю. П. Битяк, д-р. юрид. наук проф.; В. П. Колесник, д-р. юрид. наук, проф.; Н. П. Кучерявенко, д-р юрид. наук, проф.; А. В. Петришин д-р юрид. наук, проф., (науч. ред.); С. Г. Серегина, д-р юрид. наук, проф. (глав. ред.); И. В. Яковьюк, д-р. юрид. наук, доц. (зам. глав. ред.)

Евсеев А.

Е 25 Судебная власть в Украине: затянувшийся транзит / А. Евсеев.
– Х. : Юрайт, 2016. – 116 с. – (Серия «Научные доклады»; вып. 17).
ISBN 978-966-2740-71-4

В научном докладе рассматриваются трудности, с которыми столкнулась украинская судебная система в ходе реформ 2010-2015 гг. Основываясь на личном опыте, автор оценивает институциональные и морально-психологические аспекты деятельности судов в зоне проведения антитеррористической операции. Дается общая характеристика украинских дел в Европейском Суде по правам человека. Особое внимание уделяется концепции транзитивного правосудия, которая раскрывается на примере республик бывшей Югославии.

Для широкого круга читателей.

ISBN 978-966-2740-71-4

УДК 342.56(477)
ББК 67.9(УКР)71

© А. Евсеев, 2016
© НИИ государственного строительства и
местного самоуправления НАПрН
Украины, 2016
© «Юрайт», оформление, 2016

THE NATIONAL ACADEMY
OF LEGAL SCIENCES OF UKRAINE

SCIENTIFIC AND RESEARCH INSTITUTE
OF STATE-BUILDING AND LOCAL SELFGOVERNANCE

*Scientific reports series
Vol. 17*

O. YEVSIEIEV

**THE JUDICIARY IN UKRAINE:
PROLONGED TRANSITION**

**Kharkiv
«Yurait»
2016**

Евсеев А.П. Судебная власть в Украине: затянувшийся транзит

В докладе раскрываются основные этапы судебной реформы, идущей в Украине с 2010 года. Выделяются черты, позволяющие отнести Украину к странам с переходной (транзитивной) юстицией. Анализируются конкретные инициативы, направленные на совершенствование механизма отправления правосудия, которые были воплощены в жизнь после победы Евромайдана. Отмечается нарастание кризисных тенденций в сфере судебной власти Украины. Кроме того, отдельному исследованию подвергаются трудности, с которыми столкнулась украинская система правосудия в связи с боевыми действиями на Донбассе. Рассматриваются институциональные и морально-психологические проблемы, с которыми сталкивается судейский корпус в прифронтальной зоне. Дается общая характеристика положения Украины как государства-ответчика в Европейском Суде по правам человека.

Yevsieiev O.P. The judiciary in Ukraine: prolonged transition

The report reveals the main stages of the judicial reform in Ukraine running since 2010. The features, attributing Ukraine to the countries with the transitional justice, are stood out. The specific initiatives aimed at improving the mechanism of the administration of justice that have been implemented after winning Euromaidan are analyzed. The increase of the crisis tendencies in the sphere of the judiciary in Ukraine is marked. In addition, a separate study exposed the difficulties faced by the Ukrainian justice system in connection with the fighting in the Donbas. The institutional and psychological problems faced by the judiciary in the frontline are investigated. A general description of the situation in Ukraine as a respondent before the European Court of Human Rights is given.

СОДЕРЖАНИЕ

1. Транзитивное правосудие как аналитическая модель.....	6
2. Судебная власть в Украине: между правом и политикой.....	34
3. Правосудие на постконфликтных территориях (на примере Донецкой и Луганской областей).....	59
4. Реализация принципа соразмерности в процессуальных отраслях права (к 90-летию со дня рождения академика М. В. Цвика).....	83
5. Украина в Европейском Суде по правам человека (2014-2015 гг.).....	93

1. Транзитивное правосудие как аналитическая модель¹

Понятию «транзитивное правосудие» (как вариант – «правосудие переходного периода») в современном научном дискурсе явно не везет – это и модная англосаксонская концепция, и образ идеального «завтра», и маркер различных политических стратегий по отношению к судебной власти, и даже «уникальная концептуальная призма, позволяющая анализировать политические изменения сегодняшнего дня»².

В экспертных же дискуссиях последних лет, посвященных судебной тематике, можно выделить несколько альтернативных подходов, причем по различным основаниям. С одной стороны, подчеркивается, что приступить к формированию инфраструктуры транзитивного правосудия, можно только разорвав порочный круг «кризис – революция – война», в котором Украина пребывает два последних года. Многие эксперты, напротив, полагают, что именно в таких условиях, в которых оказалась нынешняя Украина, и открывается «окно возможностей» для внедрения в жизнь данной концепции. Более того, существует ряд теоретических и эмпирических исследований, говорящих в пользу последнего варианта. Например, Р. Роуз и Д. Шин считают вполне приемлемым, образно говоря, «строительство государственного корабля в море» (building the ship of state at sea), т. е. строительство на развалинах дореформенной судебной системы изначально демократической судебной власти, причем высокого качества³.

¹ Статья написана по результатам участия автора в недельной программе Агентства США по международному развитию «Механизмы осуществления правосудия и соблюдения прав человека в период конфликтных и постконфликтных ситуаций», проходившей с 5 по 13 декабря 2015 г. в столице Федерации Боснии и Герцеговины городе Сараево.

² Golovko L. L'évolution de la justice en Russie: routine des reformes ou transition éternelle ? // Revue Est Europa, numero special. 2014. № 1. P. 130.

³ См.: Мельвилль А. Ю. Качество институтов как приоритет модернизации // Ресурсы модернизации: возможности и пределы международного контекста (Ма-

С другой стороны, дискутируется само содержание транзитивного правосудия – одни (совершенно внятно, но в меньшинстве) предлагают ограничить его предметную сферу исключительно национальными судами – как Конституционным, так и общей юрисдикции; другие (часто молчаливо, но в подавляющем большинстве) под ним понимают совокупность институциональных механизмов, повышающих эффективность защиты прав человека, в числе которых международное правосудие, комиссии по установлению истины, люстрационные процедуры, всевозможные репарации невинно пострадавшим и т. д.¹

Категорически солидаризируясь с приведенной позицией «большинства», в рамках настоящего исследования хотелось бы раскрыть функционирование каждого из обозначенных элементов транзитивного правосудия, причем сделать это, основываясь на разработках американских² и, в особенности, ученых из Боснии и Герцеговины (далее – БиГ), где недавно довелось побывать автору этих строк.

Итак, отправной точкой в транзитологических исследованиях является понимание *транзитивного правосудия как комплексной стратегии институциональных трансформаций судебной функции государства, осуществляемых при переходе (транзите) от недемократического и/или отягощенного войной правления к правлению демократическому и/или состоянию мира*. В частнос-

териалы VII Конвента РАМИ 28-29 сент. 2012 г.) / Отв. ред. А. В. Малыгин. М.: Аспект Пресс, 2012. С. 20.

¹ Пример широкой трактовки транзитивного правосудия см., например: Transitional justice / Ed. by N. Kritz. V. I. General considerations. W.: US Institute of Peace Press, 1995. P. 462.

² Заметим попутно, что заокеанские исследователи всегда чувствовали себя своеобразными кураторами процесса демократизации – к этому их обязывало своеобразное понимание исторической роли США как первой демократической державы мира. Кроме того, не секрет, что в переходе других стран на демократические рельсы Америка видела одно из условий обеспечения собственной безопасности, тем более что с конца прошлого века получил широкое распространение правильный в общем-то тезис о том, что «демократии не воюют друг с другом». Подробнее см.: Gardner J. Legal imperialism. American lawyers and foreign aid in Latin America. L.: Univ. of Wisconsin Press, 1980.

ти, как подчеркивается в Обновленном Своде принципов защиты и поощрения прав человека посредством борьбы с безнаказанностью, разработанном Комиссией ООН по правам человека, речь идет о «ситуациях, открывающих, в рамках продвижения страны к демократии или мирным переговорам в целях прекращения вооруженного конфликта, путь к достижению, независимо от его формы, соглашения, на основании которого действующие субъекты или соответствующие стороны договариваются принять меры для борьбы с безнаказанностью и недопущения повторения нарушений прав человека»¹.

В то же время приходится констатировать, что несмотря на солидные концептуальные и эмпирические наработки относительно транзитивного правосудия (достаточно назвать имена Р. и Э. Познера, Н. Критца, Э. Соггаса, Р. Тейтел, О. Симич и многих других ученых), невольно ловишь себя на мысли, что парадигма транзита не отводит значительной роли в демократических преобразованиях таким факторам, как историческое прошлое страны, этнический состав населения, социокультурные традиции. А некоторые из трактовок отрицают и значимость экономического фактора. Видимо, считается, что само движение в сторону демократии обладает мощным потенциалом, способным нейтрализовать национальные особенности или уменьшить их значение.

Так, во время визита в Боснию сплошь и рядом приходилось сталкиваться с безосновательным наложением «югославской матрицы» на события, происходящие сегодня в Украине, хотя любому непредвзятому наблюдателю очевидно, что уродливое межэтническое противостояние между сербами, босняками и хорватами в начале 90-х гг. прошлого века, вызванное к жизни эффектом «взорванной империи», не идет ни в какое сравнение со спровоцированным преимущественно средствами массовой информации локальным конфликтом на территории Донецкой и Луганской областей этнически гомогенной Украины².

¹ Цит. по: *Бобринский Н. А.* Правовые основы правосудия переходного периода в документах ООН // Библиотека криминалиста. 2014. № 5. С. 325.

² Любопытные заметки о боснийском вооруженном конфликте, принадлежащие перу ученого-юриста, см.: *Тузмухамедов Б.* Записки миротворца // Знамя. 1996. № 2. С. 187-198.

Видимо, подобное упрощение, которому на Западе поддаются даже академические круги, связано не только и не столько даже с известным дефицитом информации о происходящем в Украине, сколько с тем обстоятельством, что среди проблем демократического строительства особое место всегда занимала проблема демократизации обществ, разделенных по этническому принципу, или так называемых разделенных обществ (*divided societies*). Как писал один из видных исследователей этой проблемы Д. Горовиц, «во многих странах Африки, Азии и Восточной Европы, а также в бывшем Советском Союзе, главной причиной провала демократизации являются этнические конфликты»¹. В самом деле, приведенное суждение не вызывает сомнения. Но столь же не вызывает сомнения и то обстоятельство, что далеко не этнические конфликты тормозят сегодня в Украине процесс демократизации, в том числе демократизации судебной системы.

Концепция транзитивного правосудия вообще носит несколько идеологический характер, оперируя такими весьма далекими от институционального строительства категориями, как «добро», «зло», «память» и т. п. Если выразить основной посыл этой концепции предельно общо, то для того, чтобы закончить переходный период, необходимо проклясть прошлое, объявить его «зоной зла» (*zone du mal*) и начать выстраивать судебную систему с нуля, импортируя при этом уже готовые рецепты, выработанные западной, преимущественно англо-американской, политико-правовой мыслью. Между тем достаточно лишь представить себе судебную систему, которая никогда не допускала каких-либо ошибок в прошлом и не допускает их в настоящее время, дабы убедиться, что ни одна правовая или судебная система не соответствует и не может соответствовать подобного рода идеальной конструкции. Это, в свою очередь, приводит нас к несколько парадоксальному выводу о том, что либо все судебные системы нуждаются в скорейшем транзите, либо политика «преодоления прошлого» носит несколько субъективный, вкусовой характер и варьируется в зависимости

¹ Цит. по: *Баталов Э. Я.* Проблема демократии в американской политической мысли XX века (из истории политической философии современности). М.: Прогресс-Традиция, 2010. С. 302.

ти от текущей политической конъюнктуры¹. Как метко подметил И. Пржибань, «взаимодействие с прошлым – это форма взаимодействия и с настоящим, которое преподносится существующими в новых обстоятельствах акторами с их собственными интересами»².

В этой связи российский исследователь либерального толка Н. А. Бобринский, подчеркивая сложность исправления беззаконий прошлого, совершенно справедливо задается вопросами: «С какого момента правление Путина стало «авторитарным», «антиконституционным», «узурпаторским»? Или оно было таковым с самого начала? Или же путинское 12-летие (статья писалась в 2012 г. – *Прим. авт.*) лишь продолжение 90-х и вся деятельность постсоветского государства должна быть объектом переходной юстиции?»³ Очевидно, ответа на них пока нет.

В боснийской же доктрине к составным элементам транзитивного правосудия относят: 1) уголовное судопроизводство, причем как на внутригосударственном, так и на международном (имеется в виду Международный трибунал по бывшей Югославии) уровнях, позволяющее в специальных процедурах привлечь к ответственности лиц, совершивших тяжчайшие военные преступления; 2) право на истину, т. е. особую деятельность органов государственной власти и неправительственных организаций, направленную на установление фактов военных преступлений, геноцида, массовых изнасилований и проч.; 3) репарации – некие компенсации, выплачиваемые мирным гражданам, пострадавшим в ходе боевых действий, или их наследникам, а также ряд мер, направленных на дальнейшую ресоциализацию лиц, участвовавших в конфликте, и, наконец, 4) институциональные реформы, иначе говоря, такие изменения в государственном механизме, которые делают необратимым процесс его демократи-

¹ Подробнее о дискуссионности термина «транзитивное правосудие» см.: *Golovko L. Ibid.* P. 128, 129.

² *Пржибань И.* Многообразие моделей перехода от авторитаризма к демократии // *Общество и право: исследовательские перспективы*: Сб. ст. / ред.-сост. *А. Кондаков.* СПб.: ЦНСИ, 2015. С. 181.

³ *Бобринский Н.* Как новому режиму судить старый режим // *Ведомости.* 2012. 2 авг.

зации и знаменуют собой «точку невозврата» к тоталитарному или правонарушающему прошлому¹.

В отношении последнего элемента хотелось бы подчеркнуть, что при проведении институциональных реформ следует исходить из теоретического постулата, в соответствии с которым внеинституциональные проблемы не решаются институциональными методами, а конкретные деформации правоприменительной практики, связанные с сугубо персональным фактором (например, непрофессионализм конкретного судьи), ни при каких условиях не должны преодолеваются негативными нормативными способами, в частности, отказом от самих институтов или сужением сферы их применения².

Суммарные выводы, касающиеся концепта «транзитивное правосудие», наиболее полно изложены в аналитической статье профессора права Чикагского университета Эрика Познера³. К слову, отец последнего – Ричард Познер – также является крупной фигурой американского конституционного права, занимая аналогичный пост в том же университете⁴. В этом, впрочем, нет ничего необычного. Современная юридическая наука в персональном плане состоит не просто из отдельных фамилий – ее образуют целые семьи (Познеры – в США, Кабриаки – во Франции, Мишины – в России), напоминающие если и не аристократические юридические династии, то по крайней мере средневековых ремесленников, передающих от отца к сыну какой-то особый секрет мастерства. К данному явлению можно относиться по-разному, но ирония здесь едва ли уместна – качество доктринальных сочинений конституционалистов во втором или даже третьем поколении места ей не оставляет... Но мы отвлеклись.

¹ См.: Раздаточный материал для сессий тренинга «Механизмы правосудия переходного периода и права человека в конфликтных и постконфликтных ситуациях» / Сост. *Н. Ченгич.* С.: Академия мира, 2015.

² Подробнее см.: *Головко Л. В.* Тезисы к проекту Концепции правовой политики Кыргызской Республики. Б.: Б. и., 2011. С. 5.

³ См.: *Posner E., Vermeule A.* Transitional justice as ordinary justice // *University of Chicago, Public law and legal theory working paper.* 2003. № 40. P. 1-48.

⁴ Подробнее о нем см.: *Євсєєв О.* Слово до читача // *Познер Р.* Як мислять судді. К.: Акта, 2012. С. 7-14.

Э. Познер задается любопытным вопросом о мотивах и стимулах для транзитивного правосудия, ключевым приоритетом которого является повышение качества судебных институтов – посредством их реформы или даже полной замены. Опираясь вполне достоверными эмпирическими данными, ученый выделяет несколько возможных моделей инициирования реформ, сведенных в единую таблицу.

Таблица 1.

Государство	Год начала транзита	Проводились ли процессы над чиновниками прежнего режима?	Проводилась ли люстрация?	Имели ли место репарации жертвам прежнего режима?	Инициатор транзита	Сопровождался ли транзит экономическими реформами?
Чехословакия	1989	В ограниченном количестве ¹	Должностные лица Компартии, секретных служб, высокопоставленные военные, коллаборационисты, некоторые промышленники	Возвращение церковной собственности, компенсации жертвам политических преследований, реституция некоторых видов собственности	Сделка между властью и оппозицией	Да
Венгрия	1989	В ограниченном количестве	Чиновники, полицейские, деятели образования и СМИ	Компенсации за экспропрированную собственность и землю, компенсации жертвам политических преследований	Власть	Да

¹ В западных странах существуют целые разделы социологической науки, отстаивающие тезис о том, что показательные судебные процессы над бывшими сановниками (не в сталинском, конечно, смысле, а в соответствии с жесткими требованиями правовой процедуры и элементами публичности) способны привить обществу либеральные ценности и особенно уважение к правам человека. Это утверждение, в свою очередь, базируется на широко известном постулате Э. Дюркгейма, согласно которому в современных обществах, преимущественно базирующихся на органической солидарности, функцией уголовного права становится восстановление базовых ценностей, воспринимаемых обществом. Подробнее см.: Чарнота А. Про яскравий випадок невизначеності, або правосуддя перехідного періоду і верховенство права // Філософія права і загальна теорія права. 2013. № 2. С. 188.

Польша	1989	Сведения отсутствуют ²	Соответствующий закон отсутствовал вплоть до 1999 г.; впоследствии проверялись все чиновники	Возвращение церковной собственности	Сделка между властью и оппозицией	Да
Восточная Германия (ГДР)	1989	Процессы над некоторыми пограничниками и партийными лидерами	Гражданские служащие, включая судей, адвокатов, преподавателей ³ и чиновников	Возвращение собственности, экспроприированной в годы фашистской Германии и после 1949 г. ⁴	Сделка между властью и оппозицией	Да
Россия	1991	Нет	Нет	Компенсации жертвам политических преследований, пенсии и другая помощь	Власть	Да
Литва	1991	Аресты и суды над осведомителями КГБ	Работники КГБ, запрет занимать государственные должности на протяжении 5 лет	Бывшие собственники могли добиться реституции	Оппозиция	Да

² В данном случае мы вынуждены не согласиться с Э. Познером. Достаточно вспомнить многочисленные попытки привлечения к уголовной ответственности в судебном порядке первого секретаря ЦК Компартии Польши генерала армии В. Ярузельского. Так, 17 апреля 2007 г. против Ярузельского и восьми других партийных и государственных деятелей социалистической Польши было выдвинуто очередное обвинение в совершении преступлений в годы коммунистического режима. Он обвинялся, в частности, во введении военного положения в Польше в ночь с 12 на 13 декабря 1981 г. в разгар антиправительственных выступлений сторонников профсоюза «Солидарность», а также в «руководстве преступной организацией вооружённого характера, имевшей целью совершение преступлений» - Военного совета национального спасения, взявшего в свои руки руководство страной. И только в августе 2011 г. по состоянию здоровья суд исключил Ярузельского из состава участников процесса по делу о введении военного положения.

³ По оценкам известного ученого в области сравнительного конституционного права Г. Шварца в одной только Саксонии было люстрировано около 13500 учителей, включая лучших из них. См.: Schwartz H. Lustration in Eastern Europe // Transitional justice / Ed. by N. Kritz. V. I. General considerations. W.: US Institute of Peace Press, 1995. P. 464.

⁴ В немецкой государствоведческой доктрине есть даже термины NS-Unrechtregime и SED-Unrechtregime – противоправный режим НСДАП и СЕПГ соответственно, широко практиковавшие в период своего существования пытки, исчезновения людей, внесудебные расправы и преследования по политическим мотивам.

Болгария	1992	Процессы над бывшими лидерами страны	Высокопоставленные коммунисты, офицеры госбезопасности и армии, некоторые работники сферы образования лишились работы	Амнистии, денежные компенсации жертвам политических преследований и ссыльным, национализированная земля была возвращена бывшим владельцам или была выплачена ее стоимость	Власть	Да
Албания	1992	Бывшие правительственные чиновники, члены партии, ответственные за финансовые махинации и нарушения прав человека	Неофициальные люстрации, официальная люстрация была признана неконституционной	Экспроприированная собственность была возвращена или выплачена компенсация	Сведения отсутствуют	Да

Несложно заметить, что, во-первых, реформы могут инициироваться «сверху» - в результате раскола правящих элит (характерные примеры – Венгрия, «ельцинская» Россия, Болгария), во-вторых, «сбоку», т. е. быть следствием некоего соглашения, сделки между старой и новой элитами (Чехословакия, Польша, ГДР), и, наконец, «снизу» - под давлением различных оппозиционных сил и групп (Литва является едва ли не единственным хрестоматийным примером). Обращает на себя внимание также тот факт, что в 100 % случаев судебная реформа сопровождалась реформами в экономической сфере.

Не стоит сбрасывать со счетов и такую модель инициирования реформ, как «извне», иными словами, под влиянием различных механизмов воздействия и влияния, идущих от иностранных государств или международного сообщества в целом. Таковыми, кстати говоря, были практически все транзиты «второй волны» демократизации (Франция, Бельгия, Италия после 1944 г., Дания, Германия и Япония после 1945 г.). В этом отношении показательно, что если в 1990-е годы многие страны бывшего СССР, включая Украину, копировали российский опыт как удачную модель преодоления «первого этапа» (от социалистического права к переходному состоянию), то в последние годы на постсоветском пространстве

наметился резкий крен в сторону от российской правовой модели, когда постсоветские государства стремятся самостоятельно выйти на новый уровень, воспринимая российский опыт не столько как образец для подражания, сколько как тормоз на пути выхода из «переходного состояния».

Подчеркнем, что в большинстве случаев успешных демократических переходов имела место не победа какой-то одной из противоборствующих сил над другой, а оформление особого рода пакта между соперничающими сторонами, устанавливающего «правила игры» на последующих этапах демократизации и определенные гарантии для проигравших (не всегда, впрочем, выполнявшиеся). Как указывает А. И. Ковлер, в Испании после падения диктатуры Франко «сама программа демократических реформ приобрела характер соглашения – *Reforma Pactada*»¹.

За этим, как правило, следовали так называемые *учредительные выборы*, которые приводили к власти по преимуществу не центристскую группу начинавших реформы политиков, а лидеров и представителей радикальной оппозиции наподобие «Братьев-мусульман» после свержения режима Мубарака в Египте. Однако торжество последних, как правило, не бывало долгим. Нередко, а чаще всего тогда, когда новая демократически избранная власть была вынуждена осуществлять болезненные экономические реформы, негативная массовая общественная реакция на них приводила к власти в ходе следующих демократических выборов – «*выборов разочарования*» – уже не радикалов, а в основном выходцев из старых правящих сил, которые, однако, уже не стремились к чисто реакционной реставрации. Напротив, они, как подлинные термидорианцы, посредством лишь некоторого отступления назад, фактически уравнивали новую политическую систему².

«Особый случай» Украины (не сказать бы «трагедия») заключается, помимо прочего, в том, что спустя некоторое время после первого Майдана к власти пришел, точнее вернулся, не умерен-

¹ Ковлер А. И. Кризис демократии? Демократия на рубеже XXI века. М.: ИГП РАН, 1997. С. 68.

² Демократизация: учеб. пособие / Сост. и науч. ред. К. В. Харнфер и др. М.: Изд. дом ВШЭ, 2015. С. 162, 163.

ный центрист, а тот же политик, что и был главной мишенью для нападков демократической оппозиции, человек, придерживавшийся ярко выраженных охранительных убеждений, «гасильник», как сказали бы в николаевскую эпоху. И даже после победы второго Майдана властью овладели не молодые радикалы, чрезвычайно быстро оттесненные на второй план и практически полностью сгинувшие в АТО, а все те же выходцы из старых олигархических кругов и их приспешники, которые вновь не дали сформироваться ни новой политической системе, ни новой политической элите, ни новым политическим практикам. В результате оказалось, что Украина ходит по кругу и никак не может подняться из «долины транзита» на возделанный «холм реформ». А значит, новая революция по-прежнему не снята с «повестки дня», поскольку две предыдущие, по существу, так и не достигли своих целей.

Как бы там ни было, предметом нашего внимания остается проблема транзитивного правосудия, на отдельных, наиболее примечательных с нашей точки зрения элементах которого хотелось бы остановиться более подробно.

Гибридные суды представляют собой органы международного уголовного правосудия, порядок деятельности и юрисдикция которых определяются как нормами международного, так и положениями национального права. Разновидностью таких судов являются интернационализованные национальные суды, рассматривающие дела о военных преступлениях с участием судей-иностранцев. Так, в Боснии жюри вначале состояло из двух иностранных судей и одного национального, который являлся также председателем. Постепенно число судей-иностранцев было сокращено до одного, и с 2012 г. их там нет¹.

Насколько можно судить, обращение за помощью к «варягам» призвано, с одной стороны, улучшить квалификацию судей-резидентов, которые будут работать со своими иностранными коллегами (каждый из которых по определению специалист высочайшего уровня) в одном составе, а с другой – повысить доверие к

¹ Шинкарецькая Г. Г. Смешанные уголовные трибуналы: новый вид правосудия ? // Международное право и международные организации. 2014. № 2. С. 297.

самой судебной системе, поскольку подкупить иностранцев все-таки сложнее, да и сомнения в их заангажированности, особенно в «разделенных обществах», будут на порядок ниже, чем это обычно бывает в отношении «своих» судей. В частности, в боснийском обществе все еще не до конца изжито опасение касательно того, что судьи-хорваты по национальности снисходительнее относятся к хорватам, совершившим военные преступления, нежели к боснякам или сербам, и наоборот¹.

Сегодня к гибридным судам относят: специальные судебные палаты по серьезным преступлениям в Тиморе-Лешти (2000 г.); смешанные судебные коллегии в Косово (2000 г.); Специальный суд по Сьерра-Леоне (2002 г.); Судебную палату по расследованию военных преступлений в Боснии и Герцеговине (2005 г.); Чрезвычайные судебные палаты в Камбодже (2006 г.); Специальный Трибунал по Ливану (2007 г.). Кроме того, в августе 2007 г. была учреждена Международная комиссия по борьбе с безнаказанностью в Гватемале – независимый орган по расследованию деятельности незаконных вооруженных формирований в стране². Традиционно национальные суды, входящие в состав таких трибуналов, в боль-

¹ Заметим попутно, что упрек в отношении предвзятости, правда, уже не национального боснийского, а международного правосудия в отношении военных преступников сербской национальности не сходит со страниц средств массовой информации и доктринальных источников. Свое «второе дыхание» он получил после процесса в Международном трибунале по бывшей Югославии, который состоялся в отношении хорватского генерала А. Готовины. Без преувеличения могильщик Сербской Краины – крошечной автономии сербов, существовавшей в составе Хорватии в 1991-1995 гг., тремя голосами против двух приговоренный к 24 годам тюремного заключения за преступления против человечества и нарушение правил и обычаев войны, в конечном итоге был оправдан Апелляционной палатой обозначенного трибунала 16 ноября 2012 г. Подробнее см.: Антонов А. Решение Трибунала по бывшей Югославии в деле Готовина/ Маркач как отражение отдельных тенденций развития международного уголовного правосудия // Международное правосудие. 2013. № 4. С. 121-127.

² Подробнее см.: Егоров С. А. Гибридные (смешанные) суды // Институты международного правосудия: Учеб. пособие / под ред. В. Л. Толстых. М.: Международ. отношения, 2014. С. 445-460.

шей степени занимаются фактами, в то время как иностранные – вопросами права¹.

Уникальность боснийского опыта заключается, помимо прочего, в том, что «гибридизация» здесь охватила даже орган конституционной юрисдикции – Конституционный суд Боснии и Герцеговины. Дело в том, что трое из девяти его членов назначаются председателем Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) после проведения консультаций с Президиумом Боснии и Герцеговины (своего рода коллективный орган, наделенный функциями главы государства). Более того, действует правило, согласно которому назначаемые просвещенным страсбургским правосудием служители Фемиды не должны быть гражданами БиГ или соседних с ней стран. Так, в настоящее время судьями, избранными по квоте председателя ЕСПЧ, являются: Тудор Панцыру (Молдавия), Констанс Грев (ФРГ) и Маргарита Цаца-Николовска (Македония). Ранее в Конституционном суде работали представители Швеции, Франции (в частности, крупнейший конституционалист Л. Фаворо), Австрии и других стран. В этой связи исследователи отмечают, что присутствие иностранных судей в составе органа конституционного правосудия оказало положительное влияние на развитие конституционного правосудия не только тем, что сделало возможным передачу опыта, особенно в области применения Европейской Конвенции, но и тем, что позволило суду преодолеть сильную этническую поляризацию голосов национальных судей. De facto союз иностранных и боснийских судей, наблюдаемый во многих случаях, обеспечивал противовес союзу их хорватских и сербских коллег (напомним читателю, что из шести оставшихся судей Конституционного суда БиГ двое должны быть босняками по национальности, двое – хорватами и еще двое – сербами, представляющими автономную Республику Сербскую)².

Приведем характерный пример из практики суда.

¹ Толстых В. Л. Международные гибридные суды и трибуналы (общий обзор) // Казанский журнал международного права. 2011. № 4. С. 138.

² Антонов А. Особенности организации и функционирования Конституционного суда Боснии и Герцеговины // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 5. С. 31. Более подробно см.: Мильчакова О. В. Конституционный контроль в странах бывшей Югославии. М.: ДПК Пресс, 2014.

Любой, кто хотя бы раз бывал на территории бывшей Югославии, наверняка обращал внимание на то, что если и возможен консенсус между представителями различных, враждующих между собой этносов, то этот консенсус практически исчерпывающим образом воплощен в фигуре Иосипа Броз Тито, президента Югославии в 1953-1980 гг., одинаково почитаемого всеми национальностями. В политическом лексиконе балканских народов есть даже термин «югностальгия» - тоска по некогда единой Югославии эпохи Тито. Поэтому нет ничего удивительного в том, что именем последнего до сих пор называют дороги и улицы. Тем не менее еще при жизни легендарного лидера, не говоря уже о дне сегодняшнем, ширилась и крепла оппозиция по отношению к его политике, особенно в среде национальной интеллигенции. Стоит ли удивляться тому, что совсем недавно, в 2011 г., гражданин обжаловал в Конституционный суд Постановление о создании и изменении названий дорог и улиц в том муниципальном образовании, где было предусмотрено присвоение дороге имени Тито. Обосновывая свой законный интерес, заявитель, в частности, утверждал, что он жил при коммунистическом режиме, когда систематически нарушались права человека и основные свободы, а значит, присвоение улице имени Тито наносит ущерб его праву на личное достоинство¹.

Тут надо заметить, что, как справедливо указывает П. Д. Блохин, современное демократическое правосознание полагает человеческое достоинство (human dignity) «матерью всех прав», понимая его предельно широко и включая в него такие, казалось бы, далекие друг от друга правовые ценности, как запрет придания обратной силы закону, ухудшающему положение лица, принцип равенства перед законом и недопустимость дискриминации, и даже право на жилище². Поэтому не без влияния судей-иностранцев Конституционный суд пришел к выводу о том, что «уважение человеческого достоинства является правовой и моральной основой современного государства, основанного на концепции конституционной де-

¹ Мильчакова О. В. Указ. соч. С. 134.

² Блохин П. Реформа судебной власти в Венгрии и европейские стандарты справедливого правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 5. С. 79.

мократии. При этом определение содержания «человеческого достоинства» не представляется возможным, т. к. конституционные и международные правовые стандарты заполнения этой категории с течением времени развиваются и расширяются...

Имя Тито символизирует не только освобождение территории страны от фашистской оккупации в годы Второй мировой войны, но и послевоенный тоталитарный коммунистический режим, для которого были характерны масштабные и серьезные нарушения прав человека и основных свобод, особенно в первое послевоенное десятилетие. Независимо от того, чего городские власти хотели достичь приданием дороге имени Тито, и какие цели они при этом преследовали, важно, что оспариваемое Постановление можно объективно рассматривать как положительную оценку бывшего недемократического режима...

В государстве, в котором развита демократия и существует свободное общество, основанное на уважении человеческого достоинства, прославление коммунистического режима путем присвоения дороге имени Тито, является неконституционным. Имени Тито, в пространстве и времени, в котором существует страна, нет места, т. к. это противоречит принципу уважения человеческого достоинства, являющемуся основой конституционного строя¹.

Таким образом, в деятельности гибридных судов национальные правовые ценности соединены с некоторыми универсальными, для восприятия которых, как показывает история и практика, юридический профессионализм местных судей оказывается недостаточным, порою – губительным, и его ограниченность нуждается в восполнении другими средствами.

Тем паче, что славянский менталитет поистине неистребим. Так, решением Конституционного суда БиГ от 8 мая 2010 г. был освобожден от должности судья К. Симич, назначенный по квоте Республики Сербской. Поводом послужили следующие обстоятельства. В суд поступило обращение неправительственной организации о недопустимом поведении Симича с приложением его письма на имя премьер-министра Республики М. Додика. А надо сказать, что до избрания судьей Симич состоял в политической партии «Союз независимых социал-демократов», лидером кото-

¹ Цит. по: Мильчакова О. В. Указ. соч. С. 136, 137.

рой на момент направления письма как раз являлся Додик. В письме судья предлагал чаще использовать его возможности и опыт, а также сетовал на то, что не получается каким-либо образом оказывать влияние на судей-иностранцев, назначенных председателем ЕСПЧ. Одновременно в письме Симич дал Додику рекомендации относительно назначения некоторых лиц на высокие посты в органах власти Республики Сербской. По итогам разбирательства Конституционный суд пришел к выводу, что Симич не только не прервал связь со своей политической партией, но и продолжил активно участвовать в ее работе, нанеся тем самым ущерб репутации и достоинству суда и судей¹.

Следующим элементом транзитивного правосудия является *люстрация*, под которой следует понимать систему мер, применяемых, как правило, в ходе политической трансформации и направленных на выявление политически неблагонадежных лиц, а также на ограничение доступа таких лиц к публичным должностям². Как отмечается в методическом руководстве Управления Верховного комиссара ООН по правам человека «Проверка: основа для прак-

¹ Мильчакова О. «Опасные связи» судей Конституционного суда (опыт стран бывшей Югославии) // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 2. С. 91.

² Оговоримся сразу, что люстрация – это термин, используемый прежде всего применительно к постсоциалистической трансформации в Европе. В документах ООН традиционно используется иной термин – *vetting* (проверка). Несмотря на то, что некоторые авторы, как правильно отмечает Н. А. Бобринский, находят содержательные различия между люстрацией и «проверкой», для нужд настоящего исследования мы будем пользоваться данными терминами как синонимичными. Подробнее см.: Бобринский Н. Международные стандарты в области люстрации: реальность или благопожелание? // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 6. С. 13-29; Смородинский В. Проблема впровадження люстраційних процедур очищення державної влади: європейський і вітчизняний досвід // Право України. 2015. № 5. С. 111- 120. Из более ранних эталонной считается публикация: Шевчук С. Європейські стандарти обмеження люстраційних заходів: правовий аспект // Вісник Академії правових наук. 2006. № 2. С. 32-42. Добротный обзор практики органов конституционной юстиции стран Европы по различным аспектам люстрации был опубликован в №№ 2-3 «Вісника Конституційного Суду України» за 2015 г.

тической деятельности», «в постконфликтном или поставторитарном контекстах люстрация может восполнить «лакуну безнаказанности» - неспособность государства привлечь к ответственности всех преступников вследствие недостатка ресурсов и правовых ограничений. Иными словами, этот институт – вынужденная замена уголовного преследования, «частичная мера неуголовной ответственности», оказывающая «карательное воздействие»¹. Примечательно, что ряд выдающихся политических деятелей, гуманистов, правозащитников современности, включая В. Гавела и Н. Манделу, были категорическими противниками люстрации, полагая, что в случившемся «виноваты все» (all of us are responsible).

Уже не раз цитированный нами Г. Шварц, проанализировав трансформационные процессы в странах Восточной Европы, попытался сформулировать несколько принципов, которым должна соответствовать любая мало-мальски значимая люстрация в демократическом обществе: 1) люстрирование определенного круга лиц, ранее вовлеченных в управленческую деятельность, должно осуществляться исключительно на основании закона, соответствующего национальной Конституции и другим законам, но ни в коем случае не на основании административных или иных обыкновений; 2) управление люстрационным процессом должно осуществляться специально созданной независимой комиссией в составе пользующихся уважением представителей общества (distinguished citizens), выдвигаемых главой государства и назначаемых парламентом; 3) люстрация может осуществляться только во имя ликвидации или существенного снижения опасности, которую представляют субъекты люстрации вследствие использования своего положения с целью дальнейшего нарушения прав человека или предотвращения процесса демократизации; 4) люстрация не должна использоваться для наказания или мести; 5) риск того, что подлежащих люстрации лиц могут шантажировать этой процедурой, не может считаться достаточным аргументом против люстрации; 6) люстрация должна быть направлена на замещение лишь таких должностей, в отношении которых существуют основания полагать, что лица, занимающие эти должности, могут использовать их во вред правам человека

¹ <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-UNDP-Global-Vetting-Operational-Guidelines-2006-English.pdf>.

или демократии; 7) люстрация не может применяться по отношению к выборным должностям (elective offices), по крайней мере, до тех пор, пока лицо, подлежащее люстрации, занимает его; 8) люстрация не может применяться по отношению к частному сектору; 9) процесс люстрации желательно завершить не позднее 31 декабря 1996 г.¹; 10) только те лица, которые были организаторами, исполнителями или пособниками в совершении серьезных нарушений прав человека, могут быть лишены права на занятие определенных должностей; 11) ни одно лицо не может подпадать под люстрационный процесс только по причине своего членства в организации, которая на момент своего существования считалась правомерной, либо исходя из своих личных взглядов или убеждений; 12) люстрации не могут подпадать лица, не достигшие 18 лет; 13) лицу, подпадающему под люстрацию, должны быть обеспечены должные процессуальные гарантии, включая право на защиту, ознакомление со всеми материалами, касающимися его неприглядной роли в прошлом, право на обжалование в независимый судебный орган и т. д.²

Перед новой властью, осуществляющей люстрационные мероприятия, неизбежно встает вопрос о критериях люстрации. Здесь возможны два различных подхода: либо в законодательстве устанавливается набор формальных критериев для запрета, например,

¹ Напомним читателю, что Г. Шварц рассматривал процесс люстрации в контексте современного ему кризиса и последующего развала системы мирового социализма в Центральной и Восточной Европе на рубеже 80-90-х гг. прошлого века. По его логике «охоту на ведьм» желательно закончить в течение первых пяти лет после падения коммунистических режимов, поскольку «запоздавшие люстрации» (наподобие польской в 1999 г.) уже не могут достичь своих целей вследствие утраты актуальности для населения, а также ухода с политической сцены основных акторов поверженного режима. В этой связи крайне несвоевременным выглядит принятие в 2015 г. Закона Украины «Об осуждении коммунистического и национал-социалистического (нацистского) режимов и запрете пропаганды их символики», а также решение окружного административного суда города Киева о запрете Компартии Украины, вынесенное спустя 24 года после того, как она потеряла власть. Все это выглядит скорее как реверанс в сторону Европы и попытка, пусть и с опозданием на два десятилетия, подражать ей, нежели как осмысленная борьба с возможностью коммунистического реванша в Украине.

² *Schwartz H. Ibid. P. 476-482.*

принадлежность к правящей партии или занятие определенных должностей в четко установленный период времени¹, который представляет собой объективный и легко доказуемый факт, а вина запятнанного таким образом лица не принимается во внимание, либо осуществляется более сложная попытка индивидуальной оценки степени вовлеченности чиновника (шире – государственного служащего) в противоправные практики прежнего режима и мотивов такого участия. Именно по второму пути пошла люстрация в БиГ, которая поучительна для нас прежде всего тем, что, во-первых, ее осуществление пришлось не на период постсоциалистических трансформаций Центральной и Восточной Европы в конце 80-х годов прошлого века, а все-таки на более поздний период, а во-вторых, эта люстрация, осуществляемая преимущественно международным сообществом в лице Миссии ООН, считается наиболее приближенной к идеалу².

Во временном отношении люстрация в БиГ проходила в 2 этапа: 1) 1999-2002 гг. (реформа полиции, насчитывавшей в послевоенной Боснии около 24 тысяч человек, которую осуществляла Миссия ООН); 2) 2002-2004 гг. (реформа судебной системы и прокуратуры, насчитывавших в совокупности около 1000 человек, люстрировать которых были призваны Высокие судебные и прокурорские советы, на половину состоявшие из иностранцев и действовавшие как на уровне всей федерации, так и на уровне ее «энтитетов»: собственно БиГ и Республики Сербской³). В свою очередь, в каждом из этапов можно выделить две стадии: аттестацию (certification) и переназначение (reappointment). Соответственно на стадии аттестации было важно выявить тех, кто запятнал себя преступлениями в ходе Югославской войны 1991-1995 гг. (в большей степени это касалось, разумеется, полиции) и не до-

¹ На языке права это называется «презумпция соучастия высокопоставленного работника организации в совершенных ею серьезных нарушениях прав человека».

² *Бобринский Н.* Международные стандарты в области люстрации: реальность или благопожелание? С. 29.

³ Всего в этих советах трудились 17 национальных членов (судей, прокуроров и адвокатов) и 8 иностранных, двое из которых занимали посты президента и вице-президента совета соответственно.

пустить их к государственной службе в новом государстве, а на стадии переназначения самым важным было выявить потенциал людей, прошедших сквозь сито аттестации, назначив их на те посты, занимая которые они могли бы принести наибольшую пользу обществу¹. Остановимся подробнее на судебной люстрации, которая, как отмечали эксперты, шла с гораздо большим скрипом, нежели реформа полиции, и проводилась вместе с прокурорской.

При комплектовании новой судебной вертикали и проверке действующих судей члены совета принимали во внимание следующие обстоятельства: 1) послужной список каждого из кандидатов; 2) население, обслуживаемое судом; 3) расстояние до ближайшего вышестоящего суда. Как следствие, около 30 % судов первой инстанции были вовсе ликвидированы и на столько же было сокращено количество судей.

Все кандидаты, при чем как «новички», так и действующие судьи, на равных условиях должны были участвовать в конкурсе на замещение судебных постов, исходя из принципа заслуг. Кандидаты должны были подготовить внушительное количество документов, в среднем на 55 страницах, начиная от письменных образцов своих решений и заканчивая копиями дипломов. Всего в конкурсе на замещение 953 вакансий приняло участие порядка 2000 человек, при этом многие кандидаты подавали документы на несколько вакансий сразу.

Примечательно, что всего против судей и прокуроров, участвовавших в конкурсе, представителями гражданского общества было подано порядка 4800 жалоб. Высокие судебные и прокурорские советы на всех уровнях внимательно изучали личные дела кандидатов, жалобы против них (ежели таковые имелись), встречались с их авторами, рассылали соответствующие запросы касательно службы кандидатов в военизированных или парамилитарных структурах в годы войны, выясняли у международных организаций, не было ли фамилий кандидатов в «черных списках» этих организаций, даже проводили собственные расследования. Затем после изучения всех материалов кандидатов вызывали на

¹ *Mayer-Rieckh A.* Vetting to prevent future abuses: reforming the police, courts, and prosecutor's office in Bosnia and Herzegovina // Justice as prevention / Ed. by A. Mayer-Rieckh & P. de Greiff. N. Y.: SSRС, 2007. P. 181, 182.

собеседование, после чего, спустя некоторое время, советы оглашали имена победителей.

Считаем необходимым отметить, что хотя судейский корпус комплектовался, исходя из принципа профессионализма и заслуг, тем не менее существенное значение имело стремление международного сообщества обеспечить пропорциональное этническое и гендерное представительство. И во многом ему это удалось. Представим данные в виде таблицы.

Таблица 2. Этнический состав судов до и после переназначения¹

Республика Сербская	Босняки, %	Сербы, %	Хорваты, %	Другие национальности, %
1991 г.	28,3	55,9	8,9	6,9
До переназначения	2,3	91,2	3,7	2,8
После переназначения	22,8	65,6	8,1	3,5
Босния и Герцеговина	Босняки, %	Сербы, %	Хорваты, %	Другие национальности, %
1991 г.	52,2	22,1	17,5	8,2
До переназначения	64,8	9,6	23,1	2,5
После переназначения	56,5	19,1	21,9	2,5

Приведенные цифры позволяют прийти, как минимум, к двум выводам. Во-первых, в «разделенном обществе», коим является федерация БиГ, при проведении судейской люстрации необходимо было, отрезав от должностей наиболее одиозных судей и прокуроров, выровнять этнический состав судов, разбавив подавляющее большинство сербов в судах Республики Сербской и босняков

¹ Ibid. P. 201.

– в судах БиГ. А во-вторых, цифры, получившиеся после реформы 1999-2002 гг., во многом такие же, какими были в 1991 г. – последнем мирном году в истории Югославии, что лишний раз работает в пользу «югоностальгии» и хотя бы частично подтверждает гипотезу о том, что Тито и его последователям все-таки удалось найти «золотую середину» в комплектовании судейских кадров, к которой современная Босния все равно вернулась, правда, уже после кровопролитной войны.

Интереснейшим институтом транзитивного правосудия являются общественные *комиссии по установлению истины*. Этим комиссиям – официально создаваемым временным несудебным следственным органам – дается относительно небольшой срок на сбор показаний, проведение расследований, изучение материалов и публичные слушания дел, прежде чем они завершат свою работу и опубликуют окончательный доклад. Хотя деятельность комиссий по установлению истины не заменяет собой судебного преследования, они все же являются некоей формой привлечения к ответственности за прошлое и, таким образом, представляют особую ценность в ситуациях, когда судебное преследование за массовые преступления невозможно или маловероятно либо вследствие недостаточных возможностей судебной системы, либо вследствие амнистии де-факто или де-юре. Нередко работа комиссии по установлению истины может также подкрепить собой любое судебное преследование, которое будет осуществляться в будущем¹.

Членами комиссии должны быть пользующиеся широким уважением представители общества (или международные сотрудники), которых все стороны прошлого конфликта признают нейтральными (или же вся группа в целом должна рассматриваться как представляющая достаточно широкий диапазон взглядов). В их числе могут быть представители целого ряда профессий с различным опытом прошлой работы, например, религиозные лидеры, практикующие адвокаты или отставные судьи, психологи, работники образования, эксперты по вопросам насилия в отношении женщин или детей, специалисты по защите прав человека и другие.

¹ Подробнее см.: Инструменты обеспечения господства права в постконфликтных государствах: Комиссии по установлению истины // <http://publickomitet.ru/un/Resources/3/ch3/Комиссии%20по%20установлению%20истины.pdf>.

Когда страна бывает готова к созданию комиссии по установлению истины? Для этого требуется наличие трех важнейших элементов. Во-первых, необходима политическая воля, которая позволила бы проводить серьезное расследование прошлых злоупотреблений и, следует надеяться, обеспечила бы его поощрение или активную поддержку. Во-вторых, конфликт с применением силы, война или репрессии должны к этому времени закончиться. Фактическая ситуация с безопасностью может к этому моменту еще не улучшиться полностью, и комиссии по установлению истины нередко работают в условиях, когда жертвы и свидетели боятся говорить публично или быть замеченными в сотрудничестве с комиссией. Причем и сами члены комиссии, занимаясь своей работой, могут получать угрозы. Однако, если в стране все еще активно продолжается война или конфликт с применением силы, маловероятно, что там будет достаточно возможностей для проведения серьезного расследования. И, наконец, в-третьих, у жертв и свидетелей должна быть заинтересованность в проведении такого процесса расследования и в сотрудничестве с комиссией.

Для успешного выполнения своего мандата большинству комиссий по установлению истины необходимо полагаться на существенную международную поддержку. Она включает, помимо прочего, финансовую составляющую. Расходы на содержание серьезной комиссии по установлению истины вполне могут составить более 5-10 млн. долл.

Также при создании комиссии принципиально важно определить с:

1) периодом работы. Круг полномочий должен устанавливать даты начала и окончания работы комиссии. Эти даты могут быть гибкими, с возможностью одного или нескольких случаев их краткосрочного продления. Однако общий возможный период работы комиссии должен быть фиксированным, поскольку в противном случае ее работа может продолжаться слишком долго, утратить свою остроту и силу и, в конечном счете, перестать интересовать общественность. Опыт показывает, что, как правило, желательна продолжительность работы, составляющая от полутора до двух с половиной лет;

2) временными рамками мандата: периодом времени, охватываемым расследованиями. В мандате должен быть также установ-

лен конкретный промежуток времени, который охватывает проводимые комиссией расследования. Одни комиссии расследовали нарушения, происходившие на протяжении 35 и более лет, а расследования, проводившиеся другими, охватывали намного более короткий период. Основой при этом должны быть те периоды в истории страны, когда имели место наиболее тяжкие нарушения или происходило их наибольшее количество. Во избежание предвзятости временной период должен, как правило, быть сплошным, а не разбитым на отдельные отрезки национальной истории. Точно так же не следует исключать какие-либо ключевые периоды, в результате чего комиссия могла бы показаться политически пристрастной в выборе хронологических рамок.

Как отмечают эксперты, в некоторых случаях полезно предусмотреть некоторую гибкость в указании точных дат начала или окончания, например, указав, что комиссия должна расследовать события “с начала конфликта”, если нет согласия относительно точной даты начала соответствующего конфликта. Дату можно определить позже в ходе проводимых комиссией расследований;

3) видами нарушений, подлежащих расследованию. В некоторых областях мандат комиссии должен быть конкретным и относительно подробным, однако он должен при этом оставаться достаточно гибким для того, чтобы члены комиссии могли интерпретировать данные и выносить определения. Например, как правило, является предпочтительным, чтобы в мандате комиссии не перечислялись конкретные события, которые должны быть расследованы, а использовались более общие формулировки с указанием того, какие виды нарушений она должна расследовать. Это дает комиссии ориентиры, позволяя ей строить свои расследования и доклад вокруг выявленных фактов и системных примеров. Например, в прошлом в мандатах комиссий по установлению истины использовались такие формулировки, как необходимость проводить расследование “серьезных актов насилия, оказавших влияние на общество” или “грубых нарушений прав человека или гуманитарного права, включая нарушения, которые были частью системы злоупотреблений”.

Комиссии по установлению истины традиционно сосредотачивают свое внимание на расследовании серьезных злоупот-

реблений правами человека (пытки, исчезновение людей, внесудебные убийства, преступления против человечности, геноцид и т. д.), а также нарушений международного гуманитарного права и военных преступлений. Объект внимания комиссии должен соответствовать тем злоупотреблениям, которые общество в целом и жертвы в частности считают наиболее серьезными и требующими скорейшего рассмотрения. Таким образом, может потребоваться установить тщательно выверенное равновесие с тем, чтобы определить достаточно ограниченную совокупность преступлений или событий, которая позволит комиссии выполнить свой мандат, избегая в то же время чрезмерно ограниченного мандата, в который могут не войти действия или события, изначально послужившие основанием для расследования.

Среди полномочий комиссии должны быть перечислены ключевые функции или формы деятельности, которыми ей надлежит заниматься. Например, может быть отмечено, что комиссия может отбирать показания жертв, свидетелей и других лиц; изучать материалы и проводить расследования; проводить публичные слушания или заседания; и предпринимать все прочие действия в рамках своего мандата, необходимые для установления истины.

Предоставленные комиссии полномочия помогут определить ее численный состав и сферу охвата. Как минимум, комиссиям обычно необходимо иметь возможность опрашивать всякого, кто может предоставить им соответствующие сведения, получать содействие со стороны органов государственной власти и посещать любые объекты, которые могут оказаться необходимыми. Комиссиям по установлению истины предоставляют все больше полномочий, связанных с вызовом свидетелей для дачи показаний, производства обысков и задержаний, а также с защитой свидетелей. Чтобы защитить права тех лиц, которые могут быть вынуждены свидетельствовать против себя, будучи вызваны для дачи показаний, комиссии могут также потребоваться полномочия по предоставлению иммунитета от использования показаний, гарантирующего, что предоставленные ими сведения не будут использованы против них ни в каком уголовном процессе.

В общих чертах комиссия по установлению истины могла бы выбрать один из следующих подходов:

1) рекомендовать начать судебное преследование. Как отмечалось выше, это – наиболее распространенный подход. В некоторых случаях информация может быть передана прокурорам, даже если работа комиссии еще продолжается; чаще всего такие рекомендации не появляются до тех пор, пока не выйдет окончательный доклад комиссии. Рекомендация может относиться к конкретным лицам или быть общей рекомендацией, касающейся дальнейших расследований и уголовного судопроизводства в отношении совершенных в прошлом преступлений;

2) предоставлять или рекомендовать предоставить амнистию. На сегодняшний день лишь одна полностью функционирующая комиссия по установлению истины, а именно Комиссия по установлению истины и примирению в ЮАР, имеет четкие полномочия предоставлять амнистию лицам, совершившим преступления. Однако эта Комиссия предоставляла амнистию только за те преступления, в отношении которых было установлено, что они имеют политическую мотивацию, и после того, как подавшее прошение об амнистии лицо полностью и публично раскрывало подробности преступления. На данный подход обратили внимание и другие страны в надежде на то, что это подтолкнет виновных лиц сознаться в совершенных ими преступлениях, и несколько находящихся в стадии формирования комиссий, возможно, будут иметь определенные ограниченные полномочия предоставлять или рекомендовать предоставить амнистию. Однако необходимо проявлять большую осторожность в использовании этой модели в каком-либо другом месте: такая договоренность о предоставлении амнистии в обмен на правду может быть эффективной только там, где существует серьезная угроза судебного преследования, побуждающая лиц, совершивших преступление, к тому, чтобы выступить с признанием. Помимо прочего, полномочия по предоставлению амнистии требуют наличия мощного потенциала для проведения расследований, которым многие комиссии не располагают, и пристального внимания к праву жертв участвовать в слушаниях или оспорить любое прошение об амнистии. Следует также отметить, что в соответствии с международным правом амнистия в отношении серьезных нарушений прав человека и гуманитарного права – военных преступлений, преступлений против человечности и ге-

ноцида, – как правило, считается незаконной независимо от того, предоставляют ли ее в обмен на признание или извинение;

3) предоставлять ограниченное и условное освобождение от уголовной ответственности. Тимор-Лешти предложил разновидность модели предоставления условного освобождения от уголовной ответственности в обмен на правду, которая была признана приемлемой как на международном, так и на национальном уровне, в том числе сообществами жертв. Комиссии по установлению истины были предоставлены полномочия аннулировать уголовную и гражданскую ответственность за несерьезные преступления (за исключением, например, убийства и изнасилования) при условии признания вины, принесения извинений и выполнения общественных работ или уплаты согласованной символической суммы потерпевшим или общине. Этот подход был построен вокруг традиционных процессов разрешения конфликтов, используемых в тиморских общинах, и внедрялся в местном масштабе путем привлечения лидеров общины и при помощи традиций. Возможность внедрения подобной практики на местном уровне может быть рассмотрена и в других местах, особенно в случае менее серьезных преступлений¹.

Справедливости ради отметим, что этот сегмент правосудия переходного периода не был особенно развит на территории бывшей Югославии. Так, в Сербии по инициативе первого демократически избранного президента В. Коштуницы, сменившего на этом посту военного преступника С. Милошевича, в феврале 2002 г. начала свою работу комиссия по установлению истины, осуществлявшая свою компетенцию в тесном сотрудничестве с Международным трибуналом по бывшей Югославии. Однако просуществовавшая чуть более года комиссия, членов которой не раз обвиняли в личной преданности Коштунице, насколько известно, не провела ни одного расследования, не организовала ни одних слушаний с участием жертв конфликта и, в конечном итоге, прекратила свое существование².

Во многом аналогичная ситуация складывалась в БиГ. В 2005 г. была осуществлена первая попытка создания комиссии исти-

¹ Там же.

² *Hayner P. Unspeakable truths. Transitional justice and the challenge of truth commissions. N.-Y.-L.: Routledge, 2011. P. 252.*

ны и примирения, которая закончилась неудачей. В 2007 г. под давлением международного сообщества комиссия все-таки была создана, однако не добилась сколько-нибудь значимых результатов. По крайней мере, более эффективной выглядит деятельность комиссии по расследованию событий в Сребренице, созданная в 2003 г. Так, при поддержке 42-го президента США Б. Клинтона, пожертвовавшего часть своих средств, ей удалось открыть высокохудожественный монумент в Сребренице-Поточары на месте этнической чистки, организованной армией Республики Сербской, в ходе которой летом 1995 г. погибло около 8000 босняков¹.

В завершение отметим, что попытка обратиться к югославскому опыту транзитивного правосудия – не просто дань научной любознательности или экскурс в бурное прошлое Европы. Нельзя забывать, что идущие сегодня трансформационные процессы в БиГ, пусть и отдаленно как мы уже подчеркивали, но чем-то напоминают происходящие сегодня в Украине – хотя бы тем, что и мы, и югославы находимся в отчаянном положении бедных, отсталых родственников в европейском доме. В своей работе мы руководствовались только одним желанием: рассказать об этих процессах объективно.

Суд людей может быть призрачным. Суд истории вечен.

¹ Подробнее см.: *Теличкин А. А. Падение Сребреницы: организационно-правовые аспекты // Право і безпека. 2002. № 3. С. 88-96.* Комментируя происходившее в Сребренице в июле 1995 г., украинский миротворец доктор юридических наук А. А. Теличкин указывает, что отступление голландского батальона, открывшее путь сербам для геноцида боснийского населения, отчасти связано с тем, что «принцип приоритета безопасности персонала ООН иногда входил в противоречие с взятыми обязательствами по защите мирного населения» (*Теличкин А. А. Указ. соч. С. 95*). Хотя, насколько можно судить, командир голландцев подполковник Т. Карреманс неоднократно запрашивал свое командование и командование всей миротворческой операции в бывшей Югославии о подмоге, которая так и не была оказана его батальону, а героически погибнуть, защищая мирное население, в силах далеко не каждый.

*Нужно быть правдивым во всем,
даже в том, что касается Родины. Каждый гражданин
обязан умереть за свою Родину, но никого нельзя
обязать лгать во имя Родины.
Ш.-Л. Монтескье*

2. Судебная власть в Украине: между правом и политикой

Еще свежи в памяти обстоятельства, связанные с Законом Украины от 7 июля 2010 года «О судостроительстве и статусе судей», которым были проведены самые крупные со времени «малой судебной реформы» 2001-2002 годов преобразования судебной системы в стране¹. В отличие от нее реформа 2010 года, инициированная тогдашним президентом Януковичем в первый же год его правления, своим острием была направлена на изменение статуса «высшего судебного органа в системе судов общей юрисдикции» (статья 125 Конституции) – Верховного Суда Украины. В частности, он был лишен полномочий по пересмотру дел в связи с исключительными обстоятельствами и в кассационном порядке², его палаты были расформированы, а общая численность Верховного Суда была сокращена с девяносто пяти до двадцати судей (по пять от каждой из существующих в Украине юрисдикций – гражданской, уголовной, административной и хозяйственной). Фактически его предназначение было сведено к одному единственному пол-

¹ Подробнее о ней на русском языке см.: *Мишина Е. А.* Длинные тени советского прошлого. М.: Либеральная Миссия, 2014. С. 125.

² Относительно кассационных полномочий Верховного Суда отметим, что еще до принятия Закона от 7 июля 2010 года Конституционный Суд Украины в решении от 15 марта 2010 года фактически запретил пересмотр дел Верховным Судом в кассационном порядке, указав, что конституционный статус Верховного Суда не предусматривает наделение его законодателем полномочиями суда кассационной инстанции относительно решений высших специализированных судов, которые и реализуют кассационные полномочия. В том же решении Конституционный Суд подчеркнул, что понятие «кассационное производство» означает только одноразовое обжалование такого рода и пересмотр решения суда, хотя законом могут быть также предусмотрены другие формы для этого.

номочию, а именно: пересмотру дел по основаниям неодинакового применения судами кассационной инстанции¹ одной и той же нормы материального права, да и то при условии, что коллегия в составе пяти судей кассационной инстанции допустит дело к пересмотру Верховным Судом. Таким образом, право на обращение в Верховный Суд было поставлено в зависимость не от него самого, самостоятельно отбирающего дела к рассмотрению в процедуре *certiorari* (истребование дела вышестоящим судом из производства нижестоящего суда), как, скажем, это имеет место в США², а от нижестоящего высшего специализированного суда, чья деятельность и должен был проверять Верховный Суд³. Подобный институциональный дизайн, вызвавший бурную полемику среди парламентариев и представителей научной общественности⁴, по всей видимости был ориентирован на французские образцы, где, как известно, при обращении в Конституционный Совет действует не внутренний фильтр (в лице его секретариата), а внешний – проверка обращений осуществляется судом, рассматривавшим дело по существу, а точнее, высшей инстанцией судебной системы, к которой он принадлежит (Кассационным судом или Государственным советом)⁵. Другой вопрос, что не стоит ставить на одну

¹ В Украине таковыми признаны высшие специализированные суды (Высший специализированный суд по рассмотрению гражданских и уголовных дел, Высший административный и Высший хозяйственный суды).

² Подробнее см.: *Евсеев А.* Верховный суд США сегодня // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3. С. 120-122.

³ Следует учитывать, что новым Законом «Об обеспечении права на справедливый суд» от 12 февраля 2015 года этот порядок ликвидирован.

⁴ Следы этой полемики легко найти на страницах научной периодики тех лет. См, например: *Сиренко В.* Деякі проблеми реформування судової влади в Україні // Право України. 2010. № 5. С. 4-13; *Козюбра М.* Система судів України та місце в ній Верховного Суду України: стан та перспективи реформування // Право України. 2012. № 11/12. С. 15-28; *Шевчук С.* Забезпечення єдності судової практики в умовах існування спеціалізованої юрисдикції // Право України. 2013. № 9. С. 306-323 и многие другие публикации.

⁵ *Кокотова М. А.* Обеспечение процессуальных гарантий в Конституционном совете Франции в сравнении с Конституционным Судом РФ // Российский юридический журнал. 2014. № 4. С. 47.

доску Верховный Суд Украины и Конституционный Совет Франции, которые имеют весьма отличную друг от друга компетенцию и занимают различное место в судебных системах своих стран.

Впрочем, значение реформы 2010 года было заметно подорвано стремительной «контрреформой», что лишний раз продемонстрировало непоследовательность президента Януковича, которая стала отличительной особенностью его политического почерка и привела его в дальнейшем к столь печальному финалу. Спустя год Законом от 20 октября 2011 года численность Верховного Суда была увеличена до 48 человек, были воссозданы его палаты, хотя сами полномочия остались в прежнем, усеченном виде, так что отчасти (именно отчасти) «все вернулось на круги своя». Тем не менее потрясение, связанное с реформой 2010 года, оказалось достаточно сильным для украинской судебной системы.

Среди новшеств, введенных тогда в судебный обиход, можно отметить внедрение автоматизированной системы документооборота, обеспечивающей объективное и непредвзятое распределение нагрузки между судьями, предоставление участникам процесса информации о состоянии рассмотрения дела, централизованное хранение текстов судебных решений в электронном архиве, регистрацию входящей и исходящей корреспонденции, а также выдачу судебных решений и приказов. Принципиально важным моментом здесь является распределение компьютерной системой дел между судьями по принципу математической вероятности. Вместе с тем диспропорций в распределении судейской нагрузки все равно не удалось избежать, в том числе по причине, будем откровенны, вмешательства в работу системы «человеческого фактора». Проиллюстрируем нашу мысль на примере такого, казалось бы, уважаемого органа, как Высший хозяйственный суд Украины. Так, в течение 2013 года судья С. Мирошниченко рассмотрел 448 кассационных жалоб, в то время как его коллега В. Москаленко рассмотрел лишь 5, А. Удовиченко – 23, С. Могил – 40 при среднегодовой нагрузке на судью в 200 жалоб¹.

¹ *Каневський Г.* Як у Вищому господарському суді тасують справи ? // URL: <http://blogs.pravda.com.ua/authors/kanevskiy/546b4112b2919/> (дата обращения: 18.03.2015).

Кроме того, подверглись изменениям правила об отводе судей. Теперь вопрос об отводе решался не председателем суда или его заместителем в 3-хдневный срок с момента подачи соответствующего ходатайства, а самим судьей, которому был заявлен отвод, что, очевидно, является грубым нарушением принципа беспристрастности правосудия. Немаловажное значение имело также то обстоятельство, что все назначения судей на административные должности были переданы Законом «О судоустройстве и статусе судей» в ведение Высшего совета юстиции, в котором чрезвычайно сильны позиции президентского ставленника – члена и некогда председателя этого совета С. Кивалова, получившего печальную известность будучи председателем Центризбиркома во время «первого» Майдана 2004 года. Но важно даже не это, а то, что соответствующие полномочия были делегированы Высшему совету юстиции вопреки Решению Конституционного Суда Украины, вынесенному 16 октября 2001 года, еще тогда признавшему аналогичные нормы неконституционными на том основании, что Конституция не предусматривает за Высшим советом юстиции полномочий по назначению судей на административные должности.

Таковы лишь некоторые из законодательных новелл того времени, несших в себе ярко выраженный антидемократический потенциал. Наступила пора непродолжительного затишья, когда законодательство о судоустройстве если и изменялось, то незначительно, почти что незаметно, особенно на фоне перипетий начала «нулевых» годов. Вспомнить можно разве что новый Уголовный процессуальный кодекс от 13 апреля 2012 года (далее – УПК), заслуживающий, впрочем, отдельного комплексного исследования.

И вот после трагических событий февраля 2014 года на Майдане, начертавшем на своих знаменах требование радикальной ломки существующей системы власти, включая судебную власть, в Украине была начата новая судебная реформа, по своему значению не только не уступающая реформе четырехлетней давности, но даже превосходящая ее. Речь идет главным образом о Законе от 8 апреля 2014 года «О восстановлении доверия к судебной власти в Украине», прозванном среди специалистов «законом о люстрации судей», и Законе от 12 февраля 2015 года «Об обеспечении

права на справедливый суд», внесенном в парламент уже новым президентом П. Порошенко. С точки зрения юридической техники любопытно, что Закон 2015 года, подобно Закону 2010 года, в равной мере учитывает как организационную (судоустройство), так и персональную (статус судей) составляющие.

Справедливости ради отметим, что закон о люстрации судей, принятый менее, чем через два месяца после расстрела «Небесной сотни», так и не стал, если воспользоваться выражением Л. Головки, «максимальным пределом радикальности»¹, который мог позволить себе украинский законодатель эпохи революции. В этом смысле красноречивым является тот факт, что в первоначальном проекте закона было предусмотрено, что в ходе люстрации будут уволены все судьи, реальные затраты и фактическое материальное состояние которых не соответствует уровню их официальных доходов. Скажем, при среднемесячной зарплате в размере двухсот тридцати евро суммарная стоимость личного автопарка судей Высшего административного суда Украины составляет около полутора миллионов долларов и еще почти в столько же оценивается стоимость автомобилей, задекларированных членами их семей². Вместе с тем из окончательной редакции эта норма ушла, а сроки проведения люстрации были увеличены с 6 месяцев до года. Показательно также, что из-под люстрации были выведены судьи Конституционного Суда, а сам предмет люстрационной проверки – и это, пожалуй, главное – был ограничен деятельностью судей в период с 21 ноября 2013 года (начало Евромайдана) до 21 февраля 2014 года (бегство Януковича из страны), что коснулось преимущественно тех из них, кто избирал меры пресечения по отношению к гражданским активистам и политическим противникам прежней власти.

Для проведения люстрации при Высшем совете юстиции была создана Временная специальная комиссия, состоящая из 15 членов. Порядок ее формирования следующий: Пленум Верховного Суда избирает 5 членов из числа судей в отставке, которые на

¹ Головка Л. В. Реформа уголовного процесса во Франции // Государство и право. 2001. № 8. С. 89.

² Лемнов О. Статки суддів ВАСУ // URL: <http://www.epravda.com.ua/columns/2014/11/24/507567/> (дата обращения: 18.03.2015).

протяжении последних пяти лет нахождения на должностях судей не занимали каких-либо административных должностей, Правительственный уполномоченный по вопросам антикоррупционной политики и Верховная Рада назначают в комиссию еще по 5 членов из числа представителей общественности, имеющих высшее юридическое образование. В состав комиссии не могут входить народные депутаты Украины 7-го созыва, государственные служащие, действующие судьи, лица, которые в течение последних десяти лет работали в правоохранительных органах, привлекались судом к административной ответственности за коррупционные правонарушения или к уголовной ответственности (ст. 4 Закона). Комиссия осуществляет свою компетенцию в форме заседаний, рассматривая в специальной процедуре заявления, поданные в письменной форме физическими и юридическими лицами касательно индивидуально определенного судьи (судей).

Впрочем, не стоит думать, будто люстрация вовсе не оказала сколько-нибудь существенного влияния на судебную систему. Согласно пункту 2 «Заключительных и переходных положений» Закона от 8 апреля 2014 года с момента вступления в силу данного акта считались освобожденными от занимаемых постов все председатели судов и их заместители, а также секретари судебных палат. Помимо этого, законом о люстрации предусматривалось, что отныне все председатели судов (за исключением, Верховного и Конституционного) будут назначаться сроком на один год путем тайного голосования, проводимого среди судей соответствующего суда¹.

К сожалению, уже сейчас становится ясно, что избежать, по выражению С. Пашина, «сопротивления человеческого материала»² не удалось. Согласно подсчетам М. Поповой, видной исследовательницы проблем переходного правосудия, по состоянию на конец 2014 года из приблизительно девяти тысяч украинских судей всех уровней только 2 % (167 человек) добровольно ушли на пенсию. После вступления в силу закона о люстрации и проведения

¹ Необходимо учитывать, что по Закону от 12 февраля 2015 года председатели судов избираются своими коллегами уже на срок два года, но не более двух сроков подряд (ст. 20 упомянутого Закона).

² Пашин С. А. Становление правосудия. М.: Р. Валент, 2011. С. 27.

первых выборов председателей судов в 80 % случаев (независимо от региона) были переизбраны на свои посты ставленники прежней власти¹. Так, соотношение между переизбранными и новыми председателями судов в общих судах составило 81,10 на 18,9; хозяйственных – 69,7 на 30,3; административных – 68,8 на 31,3; судах первой инстанции – 81,7 на 18,3; апелляционных и высших – 53,7 на 46,3 % соответственно².

Вообще, по наблюдениям той же М. Поповой, перед украинской Фемидой стоят четыре альтернативы: 1) честная судебная реформа, направленная на «искоренение» связей – паразитических или симбиотических – между судейской элитой и политиками, а также создание новой институциональной и кадровой основы судебной власти, которая будет политически независимой и честной; 2) замена элиты судебной системы, которая работала при Януковиче, на судей, сотрудничающих с Порошенко, и продолжение симбиотических/паразитических отношений; 3) «перевоспложение» судей эпохи Януковича в сторонников Порошенко; 4) усиление позиций судей, назначенных при Януковиче, которые стремятся трансформировать судебную власть в политически независимую, но все-таки коррумпированную институцию³. Какой из этих вариантов «сыграет» в Украине пока не ясно, однако первые контуры будущего уже просматриваются.

Во-первых, в судейском сообществе существует явное неприятие самой идеи избавления от собственных негодяев. Лишним доказательством этому является обжалование соответствующего закона Верховным Судом в процедуре конституционного судопроизводства (решение по данному вопросу Конституционным Судом еще не принято). А во-вторых, необходимо учитывать, что люстрация в Украине коснулась не только судей, но и множества других государственных служащих, привлекаемых к этой процедуре на основании общего Закона «Об очищении власти» от 16 сентября 2014 года. По информации председателя Верховного Суда Украины Я. Романюка, по состоянию на 15 января 2015

¹ *Попова М.* Судові реформи: європейський досвід та українські реалії // URL: <http://www.euointegration.com.ua/experts/2014/12/17/7028850/> (дата обращения: 18.03.2015).

² Там же.

³ Там же.

года в административных судах скопилось около 300 дел по искам сотрудников прокуратуры, МВД, Службы безопасности Украины, налоговой службы и других структур, которые были уволены в рамках люстрационных мероприятий, однако без соблюдения надлежащей процедуры их проверки¹.

И вот здесь поразительно, как ведут себя судьи, призванные выступать арбитрами в данных спорах. Опасаясь за свою безопасность, поскольку в день слушаний перед зданием суда традиционно собираются бывшие активисты Майдана, судьи на день-два уходят в отпуск с тем, чтобы автоматизированная система документооборота распределила дело о люстрации без их участия. Как правило, «крайними» становятся их более молодые коллеги, которые, впрочем, тоже не остаются в долгу, пытаясь, в свою очередь, найти выход из создавшегося положения: затягивают рассмотрение дела, под разными предлогами перенося дату слушаний, пытаются в непроцессуальном порядке договориться с представителем истца, дабы последний отозвал свой иск, и т. д.

Нарисованная нами неутешительная картина, помимо прочего, служит лишним подтверждением той истины, что отечественные реформаторы игнорируют один из основных уроков судебных реформ, суть которого сводится к тому, что подлинное преобразование не могут осуществлять привыкшие к старым формам деятельности ведомства и прежние сановники. Следовательно, должны быть выдвинуты, поддержаны и защищены новые кадры, чего сделано не было. По верному слову С. Пашина, «нравственная чистота стоит дороже устаревшего профессионализма»². Пока же приходится констатировать, что в условиях нестабильной и неконсолидированной демократии, коей является Украина, усиление политической конкуренции привело к увеличению попыток манипулировать судами, судьи которых часто оказываются неспособными к сопоставлению³.

¹ *Романюк Я.* Судебный переполох: беседа с председателем Верховного Суда Украины // Фокус. 2015. № 3. С. 19.

² *Пашин С. А.* Указ. соч. С. 24.

³ Подробнее об этом феномене см.: *Соломон-мл. П.* Суды и судьи при авторитарных режимах // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 3. С. 159.

Не секрет, что вливание «свежей крови» в судебную систему возможно путем привлечения представителей народа при условии, что они действуют, хотя и по внутреннему убеждению, но в правовых рамках, задаваемых надлежащей правовой процедурой. Речь идет, как уже догадался читатель, о народных и присяжных заседателях. Действительно, Конституцией Украины (ч. 4 ст. 124) предусмотрено существование этих двух форм участия народа в отправлении правосудия. Вместе с тем стоит отметить, что данное положение остается на сегодняшний день фактически декларативным. И если до 2010 года народные заседатели принимали участие в делах, которые рассматривались в апелляционных судах по первой инстанции, то на сегодняшний день ситуация кардинально изменилась. Ведь после проведения судебной реформы Януковича все дела по первой инстанции рассматриваются районными, районными в городах, городскими и горрайонными судами, в которых народных заседателей не было с советских времен.

Таким образом, законодатель, лишив апелляционные суды права рассматривать дела по первой инстанции, отнял тем самым у народных заседателей возможность принимать участие в отправлении правосудия. Даже существование ч. 3 ст. 17 ранее действовавшего УПК 1961 года, закреплявшей положение, согласно которому уголовные дела о преступлениях, в санкциях которых предусмотрено наказание в виде пожизненного лишения свободы, рассматриваются судом в составе двух судей и трех народных заседателей, не спасло ситуации. Согласно ч. 3 ст. 31 нового УПК 2012 года рассмотрение подобных дел осуществляется по ходатайству обвиняемого уже судом присяжных в составе двух профессиональных судей и трех присяжных.

Что же касается участия присяжных в отправлении правосудия, то, к сожалению, соответствующее положение Конституции также не реализуется в полной мере, поскольку все судебные реформы крайне опосредованно касались данного института. Наверное, это связано с тем, что в Украине суд присяжных никогда не имел столь мощного лобби в профессиональной среде, как, скажем, это было в России. Достаточно назвать имена Т. Морщаковой, И. Петрухина, С. Пашина, А. Ларина, многих других энтузиастов. В Украине же об этом пытался писать только киевский процессуалист Г. Чангу-

ли, ушедший из жизни еще в 1993 году¹. Поэтому столь радикальное по отечественным меркам нововведение не могло опираться на соответствующую ее важности интеллектуальную базу. Добавим к этому вполне обоснованное сопротивление со стороны правоохранительных органов, которые через своих представителей в парламенте всячески блокировали подобного рода инициативы.

Вообще к украинской ситуации с полным основанием применима меткая характеристика, которую Л. Головка дал положению дел в российской судебной системе: «Сегодня фактически отсутствует открытая и неимитируемая политическая борьба, которая показывает обществу, какая политическая сила и какая политическая идея стоят за той или иной реформой. Точнее, такая борьба перенесена в «закрытое пространство» - внутрь государственного механизма, где едва ли не каждое правоохранительное ведомство выступает в качестве своего рода тайной или явной политической партии, отстаивающей свои ведомственные интересы и борющейся с ведомствами-конкурентами. Поскольку открыто провозгласить свои политические амбиции такие «партии» не могут, они переносят центр тяжести борьбы из политической сферы в сферу техническую, обмениваясь законодательными инициативами, подправляя в своих ведомственных интересах уголовный и, еще чаще, уголовно-процессуальный закон, нанося друг другу аппаратные уколы в борьбе за лидерство в законотворческой сфере»².

Только в 2010 году законодатель обратился к данной проблеме, да и то ограничившись ст. 63 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей», в которой предусматривалось, что присяжные заседатели в определенных процессуальным законом случаях привлекаются к осуществлению правосудия. Данная норма в функциональном плане выступала отсылочной по отношению к иному нормативно-правовому акту, а именно УПК, закрепляющему процессуальные особенности этого института в § 2 главы 30. Наконец,

¹ Чангулі Г. І. Суд присяжних – анахронізм чи необхідність? // Антологія української юридичної думки: В 10 т. / За ред. Ю. С. Шемшученка. Т. 9. К.: Юрид. книга, 2004. С. 709-718.

² Головка Л. В. Необходимость принятия организационных мер по преодолению негативных тенденций развития уголовного и уголовно-процессуального законодательства // Закон. 2012. № 9. С. 74.

несколько моментов, уточняющих правовой статус присяжных заседателей, были внесены новым Законом «Об осуществлении права на справедливый суд» от 12 февраля 2015 года.

Так, присяжным может стать гражданин Украины, достигший 30-летнего возраста (но моложе 65-ти лет) и постоянно проживающий на территории, на которую распространяется юрисдикция соответствующего суда. Обязанность утверждения списка присяжных заседателей ложится на территориальное управление Государственной судебной администрации, которое обращается с представлением в соответствующий местный совет, формирующий в количестве, указанном в представлении, список граждан, которые постоянно проживают на определенной территории, соответствуют предусмотренным законом требованиям для присяжных заседателей и дали свое согласие быть таковыми. Список присяжных утверждается сроком на два года. Сам отбор граждан для рассмотрения конкретного дела осуществляется с помощью автоматизированной системы.

Хотелось бы подчеркнуть, что украинская модель суда присяжных, не подвергаясь ощутимым изменениям даже после победы Евромайдана, характеризуется, как минимум, двумя фундаментальными недостатками, сводящими на нет всю пользу от данного института. Прежде всего это чрезвычайно узкая компетенция, ограниченная, повторимся, рассмотрением дел, за которые подсудимому грозит пожизненное лишение свободы. В Уголовном кодексе таких составов сравнительно немного: 1) посягательство на территориальную целостность Украины (ст. 110); 2) посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ст. 112); 3) умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 115); 4) посягательство на жизнь работника правоохранительного органа или военнослужащего (ст. 348); 5) посягательство на жизнь судьи, народного или присяжного заседателя (ст. 379); 6) посягательство на жизнь защитника или представителя (ст. 400); 7) фальсификация лекарственных средств (ст. 321¹); 8) сопротивление командиру, сопряженное с умышленным убийством последнего (ст. 404); 9) террористический акт (ст. 258); 10) нарушение законов и обычаев войны (ст. 438); 11) использование оружия массового поражения (ст. 439); 12) геноцид

(ст. 442); 13) посягательство на жизнь представителя иностранного государства (ст. 443). Из них мало-мальски реальная практика, по крайней мере, до войны на Донбассе существовала в отношении лишь двух составов: убийство при отягчающих обстоятельствах и посягательство на жизнь работника правоохранительного органа, которые в общей структуре преступности занимали весьма незначительное место. Сейчас, надо полагать, ситуация несколько изменится, прежде всего с военными преступлениями, однако как организовать суд присяжных в зоне проведения антитеррористической операции, где люди и так запуганы до предела, - большой вопрос, в особенности, если учесть, что полноценного суда присяжных пока нет даже в столице.

Второй недостаток сводится к тому, что при выборе той или иной модели суда присяжных приоритет был отдан немецкой (суду шеффенов) модели, для которой характерно совместное разрешение дела профессиональными судьями и присяжными. Общепризнанным пороком этой модели, на что не раз указывалось в юридической литературе, является то, что судьи, отстаивая ведомственный интерес, начинают «забывать» присяжных специальными знаниями и юридической риторикой, тем самым приглушая в них здравый смысл и житейский опыт, столь необходимые при отправлении правосудия¹. Такая ситуация является немыслимой в классической англосаксонской модели, где присяжные в количестве 12 человек самостоятельно решают все вопросы факта, в то время как судья, действуя исключительно на основании вердикта присяжных, разрешает, по сути дела, один единственный вопрос права – назначает наказание в соответствии с конкретной уголовно-правовой санкцией².

Хотелось бы также подчеркнуть, что уменьшение количества присяжных до трех человек – это средство, с одной стороны, затруднить присяжным припоминание всех доказательств, а с дру-

¹ По этому поводу Ч. Беккариа писал: «Незнание, судящее по чувству, является надежнее учености, судящей по предвзятому мнению» (цит. по: *Золотухин Б., Пашин С.* Концептуальные основы судебной реформы в РСФСР // Советская юстиция. 1991. № 21/22. С.3).

² Подробнее см.: *Пашин С. А.* Судебная реформа и суд присяжных. М.: Рос. прав. акад. МЮ РФ, 1995.

гой – увеличить риск неправильных вердиктов. Опыты Хасти доказали, что совокупная память группы тем лучше, чем она больше. 12 присяжных правильно помнят 90 % доказательств и точно воспроизводят около 80 % судебных инструкций¹.

Сейчас уже ясно, что робкие попытки внедрения суда присяжных понадобились президенту Януковичу для того, чтобы отчитаться перед западными партнерами о гуманизации украинской судебной системы. В телеинтервью, данном осенью 2011 года известному писателю и журналисту В. Коротичу, Янукович прямо заявил о необходимости преодоления «обвинительного уклона» в деятельности отечественной Фемиды, с которым знаком не понаслышке. Какова же в реальности картина оправданий при Януковиче и изменилась ли она сегодня? (см. Табл. 3).

Таблица 3.

Год	Человек осуждено	Человек оправдано	Процент оправданных лиц
2010	168800	365	0,2
2011	Статистика отсутствует	Статистика отсутствует	Статистика отсутствует
2012	161400	437	0,2
2013	135800	857	0,6
1-ое полугодие 2014	54300	435	0,8

Таблица составлена автором на основании судебной статистики, находящейся в открытом доступе на интернет-ресурсе Верховного Суда Украины: www.scourt.gov.ua.

Несложно заметить, что процент оправдательных приговоров в последние годы имел тенденцию к увеличению, хотя и незначительную.

¹ Пашин С. Российский суд присяжных вчера и сегодня // Знамя. 1996. № 6. С. 176.

Возвращаясь к теме суда присяжных, следует отметить, что единственный известный нам процесс с участием присяжных заседателей проходил во Львове на протяжении 2013-2014 гг. по обвинению марокканца, бывшего студента медуниверситета, в убийстве профессора медицины Л. Фрайфельда.

Убийство произошло 19 октября 2012 года около шести часов утра. Преступник зверски избил 67-летнего доктора, и тот от полученных травм скончался на месте. Прибывшая по вызову прохожих милиция задержала марокканца – бывшего студента Львовского медицинского университета, отчисленного оттуда якобы по представлению Фрайфельда. Однако в ходе процесса выяснилось, что убитый никогда в университете не преподавал, т. е. мотив мести – первоначальная версия следствия – оказалась неубедительным. Согласно показаниям очевидцев, подсудимый Отман, находившийся в состоянии опьянения, «прыгал по телу убитого» и что-то кричал. У защиты, однако, было предположение, что он просто пытался объяснить ситуацию, но сделать этого не смог по той причине, что практически не владеет ни украинским, ни русским языками. Кроме того, потерпевший был крупным мужчиной (при росте свыше 180 см), физически сильным, хорошим спортсменом. По словам брата покойного, он умел драться. Его же предполагаемый убийца едва ли весил 75 кг. Удивительно, как ему (а ведь он еле стоял на ногах) удалось так легко повалить противника на землю и забить. Фактор внезапности нападения не мог служить объяснением: судя по состоянию кулаков убитого, он успел дать отпор нападавшему и должен был нанести ему серьезные повреждения. Но у Отмана травм как раз зафиксировано не было¹.

Поэтому неудивительно, что когда 4-го марта 2014 года процесс завершился, трое присяжных (воспитательница, паспортистка и пенсионерка) оправдали подсудимого, а оставшиеся в меньшинстве двое профессиональных судей написали особые мнения. Сам подсудимый был освобожден в зале суда, однако вскоре был задержан боевиками «Правого сектора». Дело осложняет еще и тот факт, что по украинскому законодательству

¹ Подробнее о «деле Фрайфельда» см.: Гандзюлевич Я. Самое сложное для присяжных – страх принятия решения // Газета «2000». 2013. 24-30 мая. С. В8.

вердикт присяжных можно обжаловать в апелляционном порядке, что в корне противоречит самому предназначению суда присяжных, а именно возможности постановить безмотивный оправдательный вердикт. Дальнейшая же судьба марокканца неизвестна.

Важнейшим элементом любой переходной юстиции является Конституционный Суд. Именно этот орган конституционной юрисдикции сыграл решающую роль в отмене 30 сентября 2010 года поправок в Конституцию Украины от 8 декабря 2004 года, ограничивающих президентскую власть, которые были приняты парламентом с многочисленными процедурными нарушениями в самый разгар «Оранжевой революции» 2004 года. Упреком Конституционному Суду здесь может служить только то, что до 2010 года он дважды отказывал в рассмотрении конституционности политической реформы 2004 года, и только с приходом Януковича к власти удовлетворил соответствующее конституционное представление, вернув, по сути дела, новому главе государства полномочия, которые были у президента Кучмы.

Поэтому с приходом новой политической команды месть конституционным судьям не заставила себя долго ждать. 24 февраля 2014 года были досрочно прекращены полномочия пяти из шести судей Конституционного Суда Украины¹, избранных по квоте Верховной Рады, а Президенту и съезду судей, делегировавших в Суд по шесть представителей, парламентом было рекомендовано отправить их в отставку. Любопытно, что такому вольному обращению с судейскими кадрами способствует формулировка ст. 85 и 106 Конституции Украины в редакции от 8 декабря 2004 года, которая была восстановлена после победы Евромайдана 22 февраля 2014 года. В соответствии с ней Президент и Верховная Рада Украины получили право не только назначать «свою» треть состава Конституционного Суда, но и в любой момент освобождать судей от занимаемых должностей. Кроме того, в отношении судей, голосовавших за отмену политреформы, было возбуждено уголовное дело, что, на наш взгляд, является нарушением хрестоматийного

¹ Характерно, что единственным «счастливым», сохранившим свой пост, оказался судья П. Б. Стецюк, заявивший при постановлении Решения Конституционного Суда об отмене политической реформы особое мнение.

стандарта справедливого правосудия, согласно которому судья не может нести ответственность за содержание принимаемого им решения.

Все эти перипетии не могли не сказаться на работоспособности органа конституционной юрисдикции. Так, в 2014 году он вынес решения всего по семи делам, одно из которых было постановлено еще при президенте Януковиче. Для сравнения достаточно сказать, что годом ранее таких решений было в два раза больше. В течение 2015 года снова было вынесено семь решений. Почти не стало особых мнений, поскольку судьи по-человечески боятся «лезть на рожон». Добавим к этому постоянное педалирование в парламентских кулуарах темы о том, что Конституционный Суд вовсе необходимо расформировать, трансформировав его в палату при Верховном Суде, как это было сделано после революции 2010 года в Киргизии.

Единственным позитивным моментом во всех этих перетурбациях является, пожалуй, лишь то, что Конституционный Суд, желая, видимо, переложить ответственность за принимаемые решения на экспертов и научных работников, готовящих ответы на поручения судьи-докладчика, выложил в открытый доступ материалы всех дел, рассмотренных Судом за период с 2009 г. по 2015 г., что является поистине безбрежным полем для исследователей отечественной конституционной юстиции.

Надеемся, читателю будет небезынтересно узнать, каков человеческий субстрат украинского Конституционного Суда, что за люди в нем работают¹. На сегодняшний день картина выглядит следующим образом (см. Табл. 4).

¹ По украинскому законодательству в Конституционном Суде насчитывается 18 судей, в равном количестве (по 6) назначаемых Президентом, Верховной Радой и съездом судей на 9 лет без права быть назначенными на повторный срок. Если же судья достигает 65-летнего возраста, он обязан покинуть свой пост до истечения положенного 9-летнего срока полномочий.

Таблица 4.

<i>Фамилия судьи</i>	<i>Дата рождения</i>	<i>Год назначения в КСУ</i>	<i>Год окончания полномочий</i>	<i>Кем назначен</i>	<i>Предыдущая профессиональная деятельность</i>
Баулин	1953	2008	2017	Президентом	Доктор юридических наук, профессор уголовного права
Брынцев	1951	2006	2015	Съездом судей	Председатель Харьковского апелляционного суда
Вдовиченко	1960	2008	2017	Президентом	Работник милиции, профессиональный судья
Гультай	1958	2010	2019	Съездом судей	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Запорожец	1968	2010	2019	Съездом судей	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Касминин	1966	2013	2022	Президентом	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Литвинов	1965	2013	2022	Съездом судей	Военнослужащий, юрисконсульт ряда шахт, профессиональный судья

Мельник	1962	2014	2023	Верховной Радой	Доктор юридических наук, профессор уголовного права, чиновник
Сас	1957	2014	2022	Верховной Радой	Ветеринар, председатель колхоза, народный депутат
Сергейчук	1966	2010	2019	Съездом судей	Профессиональный судья
Слиденко	1973	2014	2023	Верховной Радой	Доктор юридических наук, доцент, преподаватель конституционного права
Стецюк	1962	2006	2015	Верховной Радой	Кандидат юридических наук, доцент, преподаватель конституционного права
Туницкий	1963	2013	2022	Президентом	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Шапгала	1959	2010	2019	Съездом судей	Работник прокуратуры, профессиональный судья
Шевчук	1969	2014	2023	Верховной Радой	Доктор юридических наук, профессор, судья Европейского суда по правам человека ad hoc

Шишкин	1952	2006	2015	Президентом	Бывший Генеральный прокурор, народный депутат
--------	------	------	------	-------------	--

Таблица составлена автором на основании информации, находящейся в открытом доступе на интернет-ресурсе Конституционного Суда Украины: www.ccu.gov.ua.

Приведенная статистика наталкивает на интересные размышления. Прежде всего бросается в глаза, что два места (соответственно от Президента и Верховной Рады) уж как год остаются вакантными. В 2015 году сразу у троих судей заканчиваются сроки полномочий, и ничто не указывает на то, что замена им будет найдена достаточно оперативно. Как следствие, в будущем это может создать серьезные риски для кворума в пленарном заседании (при норме 12 из 18), что, в свою очередь, может поставить под сомнение правомочность органа конституционной юрисдикции, а то и вовсе парализовать его работу, как это было в 2006 году.

Кроме того, пока юристы-теоретики находятся в явном меньшинстве – лишь пятеро из судей занимались научной работой, при чем трое из них (Мельник, Слиденко и Шевчук) оказались на своих постах только после победы Евромайдана. Зато в Суде сильна и многочисленна группа «практиков». Таковых в нынешнем составе насчитывается 9 человек, половина от конституционного состава, причем семеро из них строили свои карьеры в Донецкой и Луганской областях и оказались в Конституционном Суде во время правления Януковича. Двое судей (Сас и Шишкин) до попадания в Суд активно занимались политической деятельностью в качестве оппозиционных депутатов, а «чистопородный» ученый Мельник возглавлял аппарат Верховного Суда и активно работал в качестве эксперта международных организаций, как, впрочем, и Шевчук.

В любом случае, непоследовательность и нестабильность правового регулирования статуса конституционных судей, «невозможность разумного на основе закона предвидения развития своей судьбы»¹ делают их уязвимыми, порождают стремление «выжить»

¹ Морщакова Т. Российское судоустройство: кривая роста // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 5. С. 161.

в судебной системе ценой повышенной лояльности к управляющим воздействиям, источником которых чаще всего выступает тот орган, который выдвинул соответствующего судью на его должность, представил его кандидатуру для утверждения и, в конечном счете, назначил, т. е. политические ветви власти, в том числе иницирующие изменения закона в направлении, обратном целям судебной реформы и прямо приводящем к волнам судебных отставок, которые уже дважды имели место (в 2007 и 2014 годах).

По мнению теоретиков переходного правосудия (transitional justice), большое значение для преодоления «посттоталитарного синдрома» имеет деятельность международных судебных инстанций, прежде всего Международного уголовного суда (далее – МУС)¹, чей устав уже был предметом рассмотрения Конституционного Суда Украины в начале «нулевых» годов. Напомним российскому читателю, что вынося Заключение от 11 июля 2001 года, Конституционный Суд был смущен фактически единственным аспектом функционирования МУС, а именно – дополняющим характером его юрисдикции. Именно то обстоятельство, что МУС «дополняет национальные органы уголовной юстиции», послужило главным аргументом для признания Римского статута неконституционным. На самом деле подготовка к ратификации статута в парламенте совпала по времени с «кассетным скандалом», в ходе которого были обнародованы аудиозаписи разговоров тогдашнего президента Л. Кучмы со своим ближайшим окружением, из которых недвусмысленно вытекало, что оппозиционный журналист Г. Гонгадзе был ликвидирован по его приказу. Ошибочно опасаясь, что МУС займется этим делом после окончания срока его президентских полномочий, Кучма дал указание Конституционному Суду под любым предлогом заблокировать ратификацию данного статута на стадии предварительного нормоконтроля². А согласно

¹ Чарнота А. Про яскравий випадок невизначеності, або правосуддя перехідного періоду і верховенство права // Філософія права і загальна теорія права. 2013. № 2. С. 187.

² Такого мнения придерживается, например, доктор юридических наук, профессор, бывший посол Украины в Великобритании В. А. Василенко. Подробнее см.: Василенко В. Суд идет... // URL: <http://glavcom.ua/articles/4650.html> (дата обращения: 19.03.2015).

ч. 2 ст. 9 Конституции заключение международных договоров, не соответствующих Конституции Украины, возможно только после внесения соответствующих изменений в Основной Закон, чего, разумеется, сделано не было.

Уже порядком подзабытая полемика о необходимости присоединения Украины к МУС с новой силой разгорелась после трагических событий на Майдане, в ходе которых погибло более 100 человек. Предлагались следующие более-менее легальные способы обхода Заключение Конституционного Суда (далее – КСУ) и, как следствие, придания Римскому статуту обязательной силы в украинском правовом порядке:

I. Самый бесспорный. Пойти по немецкому или французскому пути, внося изменения в Основной Закон, что раз и навсегда сняло бы все спекуляции на эту тему, а печально известное Заключение КСУ *ipso facto* («в силу самого факта») утратило бы свою юридическую силу. Так, французская конституция 8 июля 1999 г. была дополнена статьей 53-2, гласящей, что «Республика признает юрисдикцию МУС, как она предусмотрена положениями договора, подписанного 18 июля 1998 г.» Тем самым на конституционном уровне в самой общей форме признается юрисдикция МУС. Германия же 29 ноября 2000 г. дополнила ст. 16 Основного Закона, первоначальный текст которой устанавливал, что «ни один немец не может быть выдан за пределы Германии», следующим положением: «Законом может быть предусмотрено иное правило, допускающее выдачу государству – члену ЕС или международному суду, при условии соблюдения принципов правового государства»¹. Как видим, в немецкой модели как бы делается исключение из общего статуса личности.

II. Пассивный. Вообще не предпринимать никаких ратификационных шагов, усиливая при этом работу по дипломатической линии, надеясь на то, что МУС проявит известный «судейский активизм» и по собственной инициативе откроет производство в отношении трагических событий, имевших место 18-20 февраля 2014 года в ходе проведения спецоперации «Бумеранг». В этой

¹ Подробнее см.: *Тузмухамедов Б. Р.* Римский Статут Международного уголовного суда: возможные вопросы конституционности // Московский журнал международного права. 2002. № 2. С. 165-173.

связи подчеркнем, что ст. 17 Статута в принципе позволяет это делать, но только тогда, когда «имеет место нежелание государства обеспечить расследование и пресечение или неспособность сделать это ввиду полного или существенного развала национальной судебной системы». Первый прецедент такого рода уже имел место в 2010 году, когда Палата предварительного производства МУС санкционировала расследование ситуации в Республике Кении¹. Однако очевидно и то, что признание Украиной подобного факта окончательно дискредитировало бы судебную систему в глазах Запада.

III. Судебный. Приходится констатировать, что фактически единственным способом, который позволил бы преодолеть правовую позицию о неконституционности Римского статута, изложенную в Заключении КСУ от 11 июля 2001 года, является принятие КСУ нового Заключения, причем субъектами обращения с соответствующим представлением могут быть лишь Президент или Кабмин. Но также очевидно и то, что для очень многих такая «динамическая корректировка» Конституционным Судом собственных правовых позиций выглядела бы сродни желанию подстроиться под изменившуюся политическую конъюнктуру. Поэтому КСУ понадобилась бы какая-то новая аргументация, более убедительная, чем та, которая звучала в ранее принятом Заключении. В данном случае можно было попытаться обосновать тезис о том, что участие Украины в Римском статуте МУС следует трактовать как вид обязательств *erga omnes* («между всеми»).

В самом деле, еще в 1970 г. Международный суд ООН подтвердил, что такие преступления, как агрессия, геноцид и проч. являются заботой всех государств. С учетом значения соответствующих прав все государства могут считаться обладающими юридическим интересом в их защите. Да и сам КСУ в своем Заключении констатировал, что «установление ответственности за совершение большинства преступлений, предусмотренных Римским статутом, является международно-правовым обязательством Украины, в соответствии с другими международно-правовыми документами, которые вступили в силу для нашего государства

¹ Подробнее см.: *Богуш Г.* Есть ли пределы у международного уголовного права? // Международное правосудие. 2011. № 1. С. 46-54.

(многие из них – задолго до вступления в силу Конституции Украины).

К ним, в частности, относятся: Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 9 декабря 1948 г. (вступила в силу 12 января 1951 г.); Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. (вступила в силу 21 октября 1950 г.); Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г. (вступила в силу 21 октября 1950 г.); Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14 мая 1954 г. (вступила в силу 4 апреля 1957 г.); Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказания за него от 30 ноября 1973 г. (вступила в силу 18 июля 1976 г.); Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 г. (вступила в силу 26 июня 1987 г.). Фактически Статут отражает большинство положений, определяющих преступления, которые перечислены в упомянутых выше и других конвенциях, к которым присоединилась Украина»¹.

Следовательно, в новом Заклучении КСУ можно было бы подчеркнуть, что участие Украины в работе МУС нельзя рассматривать исключительно под призмой ратификации (или нератификации) Римского статута. Сказанное в первую очередь касается государств-основателей ООН, к числу которых, как известно, относится и Украина.

В реальности был избран альтернативный – *четвертый* путь. 4 февраля 2015 года Верховная Рада приняла подзаконное постановление, по которому в одностороннем порядке признала юрисдикцию МУС в отношении совершения преступлений против человечества и военных преступлений должностными лицами РФ, приведших к особо тяжким последствиям и массовому убийству украинских граждан. Однако любому непредвзятому юристу очевидно, что никакой юридической силы данный документ иметь не

¹ Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11.07.2001 р. за № 3-в/2001 // Офіційний вісник України. 2001 р. № 28. Ст. 1267.

может. Во-первых, это было сделано в нарушение правовой позиции национального Конституционного Суда, сохраняющей свою юридическую силу, и без внесения каких-либо поправок в Основной Закон. Во-вторых, сам Римский статут не предусматривает возможности каких-либо оговорок при его ратификации (ст. 120 Статута). И, наконец, не была соблюдена должная правовая процедура дачи согласия на его обязательность, поскольку избранная законодателем форма постановления является упречной. Ведь согласно ст. 9 Закона Украины «О международных договорах» от 29 июня 2004 года ратификация международных договоров, заключаемых от имени Украины, в том числе тех из них, предметом которых выступают основные права и свободы человека и гражданина, осуществляется в форме закона. Поэтому, скорее всего, МУС попросту проигнорирует данное постановление.

Не внушает особого оптимизма и деятельность созданной 27 января 2014 года «комиссии по установлению истины» - Общественной Комиссии по расследованию и предупреждению нарушений прав человека в Украине, которая провозгласила своей целью создание «Черной книги нарушений прав человека в Украине». Известно, что подобного рода комиссии, состоящие из профессиональных юристов и гражданских активистов, будучи институтами гражданского общества и действуя на постконфликтных территориях, расследуют обстоятельства прошлых событий, при этом не только изучая отдельно взятые факты, но и воссоздавая общую картину нарушений, совершенных в определенный период времени¹. Несмотря на свой представительный состав (в нее вошли видные ученые-юристы, действующие и пребывающие в отставке судьи Конституционного Суда, общественные деятели), комиссии так и не удалось, во всяком случае пока, добиться своей цели и подготовить объективное исследование произошедшего на Майдане и после него.

Остается лишь добавить, что в прошлом году Украина впервые в своей истории заняла первое место по количеству обращений в Европейский суд по правам человека. Так, 19,5 % от общего

¹ Подробнее см.: *Кириш Э.* Два элемента в механизме правосудия переходного периода: международные уголовные суды и комиссии по установлению истины // Международное правосудие. 2013. № 2. С. 74-87.

количества всех жалоб (около 13,6 тысяч) как раз приходится на нашу страну. Кроме того, вызывает серьезные опасения то обстоятельство, что национальные власти всячески затягивают выплату «справедливой компенсации». Так, в 2014 году из бюджета своевременно были осуществлены выплаты только пяти украинцам, еще пятнадцать получили свои компенсации с опозданием. По состоянию на конец года сто шестьдесят жалобщиков, выигравших в Страсбурге у Украины, ожидали свои деньги, а тридцати гражданам правительство заплатило только основную часть компенсации, проигнорировав штрафы за задержку выплат. Таким образом, каждое пятое из постановлений Евросуда, в отношении которых возникала просрочка выплаты положенной компенсации, касается украинцев¹.

Не хочется заканчивать настоящую статью на столь грустной ноте. Но как бы там ни было, очевидно одно – украинская судебная система испытывает в последние годы подлинный кризис, выхода из которого пока не видно. В этом смысле многие новейшие реформы 2010-2015 гг., якобы направленные на преодоление кризиса в судебной деятельности, в действительности только ухудшают ситуацию, расшатывая и без того не самый прочный институциональный каркас отечественного правосудия, без которого ни о каком выходе из кризиса не может быть и речи.

¹ Подробнее см.: Україна провалює виконання рішень Європейського суду з прав людини – статистика // URL: <http://www.euointegration.com.ua/news/2015/03/23/7032158/> (дата обращения: 19.03.2015).

3. Правосудие на постконфликтных территориях (на примере Донецкой и Луганской областей)

Не будет преувеличением сказать, что 2014 год навсегда запечатлится в памяти миллионов несчастных украинцев. События на Майдане, бегство президента, аннексия Крыма, резкая девальвация национальной валюты... Но даже на таком фоне поражают своим трагизмом события, развернувшиеся на юго-востоке стране, которые бойкие Интернет-пользователи уже успели окрестить «Украинской войной».

Действительно, за более чем двадцатилетнюю историю существования в условиях независимости, на Украине впервые появились посмертно награжденные, раненые, пострадавшие в результате артиллерийских обстрелов, а выпуски новостей стали напоминать сводки с фронта. Разумеется, сегодняшним событиям еще только предстоит стать объектом непредвзятого научного анализа, по-пастернаковски говоря, «достоянием доцента». Наверное, спустя десятилетия, с большей временной дистанции, эти мрачные страницы истории нашего народа, полные подвижничества, трагизма, обманутой надежды, будут видеться глубже, основательнее, вернее. Однако некие промежуточные выводы можно попытаться сделать уже сегодня.

Украинская война 2014 – 2015 гг.¹, именуемая с самого начала «антитеррористической операцией» (далее – АТО), имеет множество измерений. Историком она интересна в общем контексте войн и конфликтов, собиравших обильную жатву на всем пути развития

¹ Автор настоящей статьи намеренно ограничивает временные рамки войны в Украине 2015 годом, поскольку, начиная с сентября текущего года, на фронтах установилось масштабное перемирие, которое, по всей видимости, уже станет постоянным. Примечательно, что украинским военнослужащим, находящимся в зоне конфликта, сократили боевые выплаты, реже предоставляют статус участника боевых действий, что также, на наш взгляд, служит косвенным подтверждением гипотезы об окончании войны. Кроме того, для нужд настоящей статьи читателю важно понимать, что территории, освобожденные украинской армией на протяжении весны – лета 2014 г. и фигурирующие в тексте (в частности, Славянск, Краматорск, Северодонецк и ряд других) уже больше года живут в условиях мира, что дает нам полное основание отнести их к «постконфликтным».

человечества, экономисту – как наиболее выпуклое выражение противоречий между бизнес-элитами, переросшее в нечто большее, нежели заурядная тяжба за обладание собственностью, писателю – как неисчерпаемый источник вдохновения, подбрасывающий ему сюжеты для новых книг¹. Однако есть еще одно, не менее важное, измерение любого вооруженного конфликта – правовое, хотя и представляющее сугубо профессиональный интерес, однако, вопреки известной максиме Цицерона («когда говорят пушки, законы молчат»), по-прежнему считающееся определяющим в правовом государстве².

Естественно, что судить о гуманитарных аспектах ведущейся на Донбассе антитеррористической операции, в топке которой, по подсчетам ООН, уже сгинуло около 8 тысяч человек³, проще профессионалам (правозащитникам, наблюдателям ОБСЕ и проч.). Ни в коем случае не притязая на заслуги этих людей, делающих по настоящему нужную и опасную работу, автору настоящей статьи тем не менее хотелось бы высказать несколько соображений и поделиться личными наблюдениями касательно деятельности судебного механизма, функционирующего сегодня на Донбассе, во всяком случае, на той его части, которая подконтрольна официальному Киеву. В свою очередь, для того, чтобы наш анализ был свободен от дилетантизма и поверхностных суждений, считаем целесообразным обратиться к понятийному аппарату и закономерностям, сформировавшимся в недрах западной концепции «переходного правосудия» (англ.: *transitional justice*, франц.: *la justice transitionnelle*).

¹ Подробнее см.: *Евсеев А.* Литературное творчество военных лидеров ДНР: попытка психоанализа. URL: <http://psyfactor.org/psyops/girkin-berezin.htm> (дата обращения: 16.09.2015).

² В частности, из последних работ, рассматривающих правовой контекст событий на Донбассе, особо хотелось бы выделить книгу киевского ученого-международника А. В. Задорожного. См.: *Задорожний О. В.* Порухення агресивною війною РФ проти України основних принципів міжнародного права. К.: К.І.С., 2015. – 712 с.

³ Office of the United Nations High Commissioner for human rights. Report on the human rights situation in Ukraine 16 February to 15 May 2015. URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/10thOHCHRreportUkraine.pdf> (дата обращения: 24.09.2015).

Строго говоря, правосудие любой страны мира всегда находится в развитии. Более того, постоянная эволюция его институтов не является чем-то экстраординарным, сугубо украинским, а в равной мере присуща всем правовым системам. Возьмем, к примеру, Великобританию, которая, начиная с 90-х гг. прошлого столетия, находится в состоянии перманентной судебной и шире – правовой – реформы, а создание в октябре 2009 г. Верховного Суда этой страны вовсе было охарактеризовано бойкими на язык журналистами как «вторая Октябрьская революция»¹. В этом отношении, вслед за Л. В. Головки, приходится констатировать, что «правосудие любой страны в любой момент ее развития всегда находится в переходном состоянии»². Даже в таком, казалось бы, стабильном обществе, как американское, исследователи выделяют транзиты, связанные с принятием новых конституционных поправок (последняя из которых вступила в силу в 1992 г.), изменениями уголовного и гражданского права или процесса, корректировкой прецедентной практики судов, трудностями, вызванными переходом власти от одной администрации к другой, как, скажем это имело место, в 2000 г., и т. д.³

Вместе с тем особый случай Украины состоит в том, что все годы ее относили к «частичным демократиям», т. е. тем государствам, которые находятся на этапе перехода от авторитаризма к демократии⁴. При этом западные эксперты с разной степенью оптимизма оценивали шансы Украины стать действительно демократической страной и подняться на более высокую ступень в мировой иерархии демократического развития.

Так, одни исследователи, описывая и анализируя тенденции политического развития в мире, поддались вполне объяснимому (особенно если принять во внимание эйфорию сперва советской

¹ *Евсеев А. П.* Верховный Суд Соединенного Королевства: становление. Х.: Юрайт, 2014. С. 142.

² *Golovko L.* L'evolution de la justice en Russie: routine des reformes ou transition eternelle ? // *Revue Est Europa*, numero special. 2014. № 1. P. 123.

³ *Posner E., Vermeule A.* Transitional justice as ordinary justice // University of Chicago, Public law and legal theory working paper. 2003. № 40. P. 3.

⁴ Подробнее см.: *Мельвиль А. Ю.* Демократические транзиты // Политология: Лексикон / Под ред. А. И. Соловьева. М.: РОССПЭН, 2007. С. 127.

перестройки, а затем – краха коммунизма и развертывания демократических преобразований) соблазну и начали воспринимать современные трансформации в виде единого линейного вектора – от распада тех или иных разновидностей авторитаризма к постепенному выстраиванию консолидированной демократии либерального типа (Ф. Фукуяма). По меткому наблюдению А. Ю. Мельвиля, «это была своеобразная антикоммунистическая «перелицовка» Манифеста коммунистической партии: все страны придут к торжеству либеральной демократии, только одни раньше, а другие позже»¹. Другие исследователи (тот же С. Хантингтон) были более сдержанными в своих прогнозах, полагая, что для вызревания демократии необходим ряд объективных предпосылок (относительно высокий уровень экономического развития, отсутствие в обществе чрезмерного имущественного неравенства, доминирование протестантской этики и др.), которые в случае со странами СНГ, включая Украину, практически полностью отсутствуют.

Как бы то ни было, боевые действия на Донбассе не только отбросили нашу страну назад в экономическом отношении (что немаловажно, принимая во внимание то обстоятельство, что центральной фигурой социальной структуры демократии является буржуа), но также лишней раз актуализировали для нас концепцию «переходного правосудия», ибо последняя охватывает сразу «две модели, а именно: трансформацию от авторитаризма к демократии и переход от мира к войне»². «Администраторы правосудия переходного периода, - пишет польский ученый А. Чарнота, - двигаются между двумя пунктами: 1) пункт отправления (диктатура, гражданская война, хаос, анархия, геноцид); 2) пункт прибытия (развитая либеральная конституционная демократия)»³.

¹ Там же. С. 123.

² Бобринский Н. А. К вопросу о концепции «правосудия переходного периода» // Библиотека криминалиста. 2014. № 1. С. 329. См. также: его же. Переходное правосудие: возмездие или правда // Ведомости. 2012. 2 авг. (№ 3157). Аналогичная мысль повторяется и в англоязычных публикациях. См., напр.: Teitel R. Transitional justice genealogy // Harvard Human Rights Journal. 2003. Vol. 16. P. 69-94.

³ Чарнота А. Про яскравий випадок невизначеності, або правосуддя переходного періоду і верховенство права // Філософія права і загальна теорія права. 2013. № 2. С. 187.

Проблеме переходного правосудия посвящена за рубежом обширная литература, детальный анализ которой не является целью настоящей статьи. Но если попытаться каким-то образом суммировать все многообразие мнений, сложившихся вокруг данной концепции, то можно прийти к выводу, что прежде всего переходное правосудие может пониматься в ретроспективном ключе, фокусируя внимание на наследии преступлений, связанных с массовыми нарушениями прав человека и совершенных в прошлом, как правило, в период правления недемократических политических режимов¹. В этом случае на первый план для исследователя выходят разнообразные механизмы восстановительного правосудия, наказания виновных, реабилитации невинно осужденных и т. д.

Однако чаще всего переходное правосудие трактуется в перспективном аспекте, и тогда исследователь задается вопросом, что делать дальше, после того, как преступный режим пал. Иными словами, как обеспечить эффективный и по возможности безболезненный переход от авторитарии к демократии, от войны к миру, от «политической юстиции» к подлинному правосудию, и, быть может, самое главное – какова роль, которая отведена в этих процессах судебной власти². Именно этого, перспективного подхода, мы и будем придерживаться при анализе соответствующих феноменов на Донбассе.

Таким образом, своеобразный дуализм концепции переходного правосудия как никогда актуален для Украины, поскольку, с одной стороны, речь идет об особенностях осуществления правосудия в том политико-правовом контексте, в котором наша страна пребывает уже два с лишним десятилетия³, а с другой – о тех

¹ Такого подхода придерживается, скажем, генеральный секретарь Всемирной организации против пыток Э. Соттас. См.: *Commac* Э. Правосудие переходного периода и санкции // Международный журнал Красного Креста. 2008. Т. 90. № 870. С. 225-263.

² См.: *Posner E., Vermeule A.* Ibid. P. 5.

³ В политологической литературе указывается, что затянувшийся транзит, еще именуемый «долиной слез» (А. Пшеворский), может привести к тому, что в трансформирующемся обществе возникнут массы «ранних проигравших» (работники государственных отраслей, бывшие функционеры, пенсионеры, безработные и т. п.), из которых может формироваться опасная антиреформаторская

характерных чертах судебной деятельности, которые имеют место на территориях, отбитых у сепаратистов в ходе жесточайшего противостояния весны – лета 2014 г. О последних, собственно, и пойдет речь.

Как это ни парадоксально, но во многом именно высокая степень политизированности и коррумпированности украинской Фемиды привела к тем трагическим последствиям, закономерным результатом которых стала антитеррористическая операция.

В самом деле, только независимый и вызывающий доверие у общества суд может служить эффективной гарантией преодоления политических кризисов, лавинообразно распространяющихся ныне по всему миру (последний пример этому – Молдова). «В отсутствие независимого суда, - подчеркивает Л. В. Головки, - власть всегда будет вынуждена безуспешно догонять новые революционные технологии, вводя разнообразные и чаще всего бессмысленные полицейские меры»¹. В этом смысле независимый суд, в котором судьи не опасаются того, что их кто-либо и в какой-либо форме будет преследовать, можно рассматривать как своего рода защитный механизм, предохраняющий от повторения «цветной революции». Ибо при наличии подлинно независимого суда любые проявления народного гнева тотчас же могут быть погашены легитимным и признаваемым обеими сторонами конфликта арбитром (вспомним противостояние Буша-младшего и Гора). «Вопрос даже не в том, что действующая власть не способна выиграть выборы, - продолжает Л. В. Головки, - вопрос в том, что в условиях отсутствия независимого суда у нее нет никакой возможности свою победу легитимно обосновать в глазах общества, что почти неизбежно приводит к социальному взрыву (вопрос лишь во времени)»². Поэтому потенциальное недоверие украинских граждан к судам и судебной системе в целом имплицитно отрезало возможность разрешить политический кризис, возникший в конце 2013 г.,

коалиция, что, собственно говоря, всегда и происходило в Украине вскоре после победы обоих «майданов». См.: Мельвиль А. Ю. Зачем «царю горы» хорошие институты? // Политическая наука. 2013. № 3. С. 154.

¹ Головки Л. В. Построение независимой судебной власти: стратегический подход // Вопросы правоведения. 2010. № 3. С. 145.

² Там же.

мирным путем в рамках существующих правовых процедур. Когда же власть прибегла к использованию откровенно силовых методов, надежда на достижение компромисса рухнула окончательно.

Как показали исследования, проведенные М. Поповой, исторически судебная система Украины находилась даже в более жалком положении, нежели российская. И виной тому не только низкие зарплаты судебного персонала (к примеру, клерк в специализированном суде первой инстанции, действующем на уровне области, получает чуть более 60 долл. в месяц), но и высокая степень зависимости украинских судей от власти предрешающих. Так, в первые годы правления Путина неконкурентноспособные кандидаты имели приблизительно одинаковые шансы выиграть избирательный спор в суде. Если проправительственные кандидаты и имели какое-то преимущество перед кандидатами от оппозиции, то оно составляло всего около 5 %. В Украине же проправительственные кандидаты обладали большим преимуществом перед оппозиционными кандидатами – почти 25 %. Кандидаты, близкие к режиму Кучмы, имели в два раза больше шансов на победу в суде, даже будучи оппортунистами, у которых не было реальных шансов быть избранными честным путем¹.

Все вышесказанное подтверждает один из постулатов теории переходной юстиции о том, что в *нестабильных и неконсолидированных демократиях реальная политическая конкуренция приводит к увеличению попыток манипулирования судами, судьи которых могут оказаться неспособными к сопротивлению*² (в то время как при авторитаризме политики могут позволить себе не «размениваться» на мелкие дела).

Показательно, что на протяжении 2010 – 2013 гг. украинские суды рассматривали дела в отношении 10 бывших представителей высшего политического истеблишмента страны (в ранге не ниже замминистра), наиболее шумевшим из которых было,

¹ Попова М. Политизированное правосудие в новых демократиях: политическая борьба и судебная независимость в России и Украине // Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / Под ред. В. В. Волкова. М.: Статут, 2012. С. 206, 207.

² Соломон-мл. П. Суды и судьи при авторитарных режимах // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 3. С. 159.

конечно же, «дело Тимошенко», а еще 5 бывших членов правительства покинули Украину¹. Поэтому вполне закономерно, что во время Революции Достоинства суды по-прежнему использовались сторонниками Януковича как одно из орудий, подобно «Беркуту», применяемых для расправы с протестующими. В частности, с началом массовых акций неповиновения активистов стали задерживать и приговаривать к двухмесячному аресту по суду.

Однако после того, как 10 декабря 2013 г. Янукович провел консультации с первым президентом Украины Л. Кравчуком, он пообещал, что активисты выйдут на свободу. Очевидно, что в условиях существования в Украине подлинно независимой судебной власти сама постановка вопроса об этом была бы немыслимой. Характерно, что после этого «меседжа» главы государства апелляционные суды начали массово пересматривать решения судов первой инстанции, заменяя содержание под стражей освобождением под залог или домашним арестом. Причем если обычно в Украине апелляция отменяет не более 5 % всех решений, то по делам евромайдановцев эта цифра приблизилась к 100 %. Но уже в январе следующего года, когда закрутился новый виток эскалации насилия, и власть, по-видимому, окончательно решила пойти на жесткие меры, суды мгновенно пересмотрели свою относительно мягкую карательную политику и вновь стали бросать активистов за решетку. Когда же председатель Оболонского районного суда города Киева И. Мамонтова в порядке исключения избрала четверем студентам меру пресечения в виде домашнего ареста, то спустя несколько дней она была вынуждена уйти в отставку². Это подтверждает еще одну черту украинского правосудия, дающую основание отнести ее к политической юстиции, а именно: *чрезвычайная чуткость судов к заявленной на уровне высшего политического руководства политической позиции, заключающаяся во всплесках смягчения*

¹ Подробнее см.: *Захаров С.* Політичні переслідування у країні Януковича // Критика. 2011, березень – квітень. Рік XV, Число 3-4 (161-162). С. 2-5.

² *Popova M.* Why the Orange revolution was short and peaceful and Euromaidan long and violent // *Problems of Post-Communism*. Vol. 61. № 6. November-December 2014. P. 67.

или, наоборот, ужесточения карательной политики под влиянием слов лидера.

Но страшно даже не это. Страшно то, что теперь на головы несчастных судей обрушился гнев уже новых «хозяев жизни». Так, по состоянию на сегодняшний день против 28 судей, которые вели дела активистов Евромайдана, Высшим советом юстиции возбуждены дисциплинарные производства¹. Хорошо выразился по этому поводу С. А. Пашин: «Очередная клика захватывает власть и заменяет прежних правителей своими приспешниками. Борьба группировок возле трона и за трон выливается в перевороты. Но формы сохраняются, а новые властители мало чем отличаются от старых»².

Итак, несложно догадаться, что к началу боевых действий на Донбассе украинская Фемида была окончательно развращена и дезорганизована политическими ветвями власти.

Первой ласточкой, заставившей судей почувствовать тяготы военного времени, подобно обитателям потревоженного болота, стало принятие 12 августа 2014 г. Закона Украины «Об осуществлении правосудия и уголовного производства в связи с проведением АТО»³. Сразу оговоримся, что к августу уже сложилось сохранившееся и поныне разделение Донбасса на «освобожденные территории», контролируемые украинскими силовиками, и «оккупированные территории», контролируемые лидерами «Донецкой Народной Республики» (далее – ДНР) и «Луганской Народной Республики» (далее – ЛНР), признанными в Украине террористическими организациями. Поэтому совершенно естественно, что украинское законодательство распространяется исключительно на «освобожденные территории», в то время, как на «оккупирован-

¹ Проти 28 суддів, які судили активістів Євромайдану, відкрили дисциплінарні справи. URL: <http://www.pravda.com.ua/news/2015/09/10/7080827/> (дата обращения: 16.09.2015). Спустя некоторое время аналогичные производства были открыты в отношении еще 11 судей. URL: <http://www.pravda.com.ua/news/2015/09/24/7082516/> (дата обращения: 24.09.2015).

² *Пашин С. А.* Становление правосудия. М.: Р. Валент, 2011. С. 46.

³ Закон України «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції» від 12.08.2014 р. за № 1632-VII // Відомості Верховної Ради. 2014. № 39. Ст. 2009.

ных территориях» действует своеобразный симбиоз российского и украинского правового инструментария под эгидой «законодательства ДНР/ЛНР»¹. Как следствие, возникает еще один феномен, сближающий Украину со странами с переходной юстицией (Восточным Тимором, Камбоджей, Косово), – наличие системы «*параллельных судов*».

Речь идет о двух одновременно функционирующих судебных системах, действующих на территории некогда единого государства и имеющих тождественную юрисдикцию в отношении одной и той же, как правило, спорной территории, а потому не признающих самого факта существования друг друга. Хрестоматийным примером подобного рода является Косово. Оттуда, как известно, пришлось выехать или эвакуироваться почти всем местным судьям, прокурорам, адвокатам и т. д. (традиционно сербам по национальности). Как следствие, на этой территории введено прямое правление ООН, вынужденной налаживать едва ли не с нуля систему юстиции, назначая на соответствующие должности своих представителей, прибывших вместе с миссией ООН (так называемая «Миссия ООН по делам временной администрации в Косово»), или немногочисленных косоваров-юристов. Но Сербия, не смирившаяся с потерей края и продолжающая считать его своим, также учредила на своей территории систему судов, чья юрисдикция формально распространяется на Косово. По сути дела, сербские

¹ См., напр.: Официальный сайт Верховного Суда ДНР. Раздел «Документы». URL: <http://supcourt-dnr.su/dokumenty> (дата обращения: 16.09.2015). Показательно, что если в начале «днровцы» заявляли о повсеместном переходе на российское законодательство, то потом от этой идеи, по-видимому, было решено отказаться. К примеру, на «оккупированных территориях» УПК Украины 2012 г. заменил не УПК РФ, а УПК Украины 1960 г. в редакции от 12.07.2001 г., т. е. фактически советский уголовно-процессуальный закон с последующими изменениями и дополнениями. Это вообще удивительно точная метафора того, что сегодня происходит на «оккупированных территориях»: отказываясь от украинского наследия, ты переходишь не к российской модели властвования с ее высокими по украинским меркам зарплатами и нефтяной рентой, а к ухудшенному советскому варианту.

суды для Косово – это «суды в изгнании»¹. Во многом аналогичная ситуация складывается сегодня на Донбассе.

Все это создает для самих граждан ни с чем несравнимые трудности, порождая значительную правовую неопределенность. Подобно тому, как в Косово, жителям края приходилось отмечаться сразу в двух – сербском и собственно косовском - кадастрах недвижимости, реестрах и проч., точно так же жителям оккупированной части Донбасса приходится одновременно обращаться в две автономно существующие друг от друга судебные системы. Причем уже известны случаи, когда украинские суды отказывались принимать иски, поданные жителями ДНР/ЛНР, на том основании, что данные территории контролируются в настоящее время не Украиной, а потому юрисдикция национальных органов правосудия на них не распространяется. Да и как в действительности украинская Фемида может установить в судебной процедуре какой-либо факт, если он имел место на неподконтрольной территории и его проверка не представляется возможной даже по чисто техническим соображениям (украинские судьи туда просто не смогут въехать)? Кроме того, по делам о возмещении ущерба за разрушенное жилье или утраченное в ходе боевых действий имущество сложно привлечь кого-либо в качестве ответчика, поскольку судам приходится устанавливать факт контроля территории одной из сторон конфликта на момент уничтожения имущества, что сделать опять-таки невозможно, учитывая неравномерную линию фронта, чересполосицу блокпостов и проч.

В этой связи уместно напомнить так называемые «намибийские исключения», зафиксированные в консультативном заключении Международного Суда ООН от 21 июня 1971 года касательно продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии, в соответствии с которыми непризнание оккупированной территории не должно приводить к лишению народа, проживающего на данной территории, каких-либо преимуществ. В частности, признание незаконности или недействительности мер, принимаемых страной-оккупантом, не может распространяться на такие акты, как регистрация актов рождения, смерти и браков.

¹ Baylis E. Parallel courts in post-conflict Kosovo // Yale journal of international law. 2007. Vol. 32:1. P. 10-11.

Закон от 12.08.2014 г. своим острием как раз был направлен, помимо прочего, на изменение территориальной подсудности судебных дел, подсудных размещенным в районе проведения АТО судам. Это давало возможность перенести эти государственные органы, а точнее их человеческий субстрат, на территорию, подконтрольную Украине, а с другой – лишний раз проверить на лояльность судейский персонал, при том, разумеется, понимании, что судьи, сотрудничавшие с ДНР/ЛНР, не захотят переводиться на «материковую» Украину. Кроме того, это давало возможность «перезапустить» судебную систему, не функционирующую на Донбассе с поздней весны 2014 г., когда соответствующие здания были захвачены сепаратистами. Но только 2 сентября 2014 г. 58 украинских судов, находившихся на «оккупированных территориях», официально прекратили рассмотрение дел до момента переезда на «освобожденные территории» (первые суды возобновили свою работу уже 26 ноября).

Если верить информации, полученной от правоохранительных органов Украины, то на сегодняшний день, как минимум, 92 судьи, работавших на Донбассе, подали заявления об отставке, причем часть из них намерена продолжить свою работу в формирующихся судах «Новороссии»¹. Любопытно, что некоторые из них (Стратейчук Л. З., Таранова В. С., Еремин Д. А. и Безрученко Ю. А.) уже «дослужились» до судей Верховного Суда ДНР, который возглавляет бывший старший следователь-криминалист Следственного комитета России Э. Н. Якубовский². Принципиально иной выглядит позиция судебных клерков, как правило, совсем еще молодых людей, традиционно выполняющих за судей всю черновую работу вплоть до написания решения. Значительная часть из них хотя и не смогла в силу ряда причин физически выехать на «освобожденные территории», однако отказалась

¹ Для сравнения: из 479 судей, работавших в Крыму на момент аннексии полуострова Российской Федерацией, лишь 52 подали заявления о переводе на «материковую» Украину, что составило менее 10 % от общей численности судейского корпуса Автономной Республики Крым.

² Подробнее см.: *Шутко Л.* Судьи в оккупации: сотрудничество с террористами и долги по зарплате. URL: <http://www.pravda.com.ua/rus/columns/2015/02/2/7057179/> (дата обращения: 16.09.2015).

от сотрудничества с сепаратистами, оставшись тем самым без средств к существованию и рискуя в любой момент быть уничтоженными. По свидетельству бывшей судьи Алчевского городского суда Луганской области Л. Жогоиной, только в ее суде таких работников было, по меньшей мере, 27 человек. К сожалению, сама Жогина не последовала примеру своих более молодых коллег и 27 августа этого года оказалась в числе первых судей, принявших присягу на верность ЛНР¹.

Поступок Жогоиной особенно контрастирует с позицией ряда судей, ушедших воевать в регулярную украинскую армию. Нам известно несколько человек, которые, отказавшись от обеспеченного судейского быта со всеми вытекающими отсюда «бонусами», ушли на фронт. В их числе: судья Хозяйственного суда Харьковской области А. Мамалуй (служил снайпером в 93-й бригаде, кавалер ордена «За мужество»), судья Хозяйственного суда Черкасской области О. Чевгуз, судья Львовского апелляционного суда В. Клюба.

Как бы там ни было, 2 апелляционных суда области, находившихся ранее в Донецке и Луганске, а также 17 городских, 4 горрайонных, 31 районных в городах и областях судов были переведены с «оккупированных территорий» на освобожденные районы Донецкой и Луганской областей, а также в Харьков и Запорожье. К примеру, Донецкий апелляционный административный суд возобновил свою работу в городе Краматорске Донецкой области, а Донецкий окружной административный суд – в Славянске². При этом следует учитывать, что речь главным образом идет о переезде именно людей, поскольку ни печати, ни документацию, ни тем более оборудованные компьютерной техникой офисы вывезти за пределы «оккупированных территорий» по понятным причинам не удалось³.

¹ Первые судьи ЛНР приняли присягу. URL: <http://miaistok.su/pervye-sudii-lnr-prinyali-prisyagu/> (дата обращения: 16.09.2015).

² Антитерористична операція. Мобілізація. Соціальні гарантії учасникам АТО: практичний посіб. К.: Центр учбової літератури, 2015. С. 164.

³ Насколько нам известно, похожая ситуация была и в РФ во время чеченского вооруженного конфликта, когда ряд судов Чеченской Республики вместе с персоналом был переведен на территорию более спокойной Ингушетии.

Таким образом, *специфика переходного правосудия на Донбассе проявляется в том, что ни официальные власти, ни сепаратисты не стали полностью разрушать старое здание системы правосудия, а при формировании своих судебных структур опирались, за редким исключением, на уже имеющиеся судебские кадры.*

Завершая рассмотрение институционального блока правосудия переходного периода, хотелось бы заострить внимание читателя еще на одном моменте. Трансформационные процессы, происходящие сегодня на Донбассе, к счастью, на оккупированной его части, помимо проблемы морального выбора судьи, заострили также такую, казалось бы, изрядно подзабытую проблему, как *проблему самосуда*. Иными словами, речь идет о «расправе над человеком без надлежащих на то правовых оснований и во внесудебном порядке»¹.

Не секрет, что во время безраздельного правления в Алчевске бригады «Призрак» под командованием сепаратиста А. Мозгового его люди неоднократно устраивали так называемые «народные суды», распространившиеся впоследствии на некоторые другие населенные пункты ЛНР, но прекратившиеся вскоре после его гибели. Традиционно показательные процессы проходили в городских Домах культуры или актовом зале предприятий. Люди в масках выволакивали на сцену подозреваемого в совершении какого-либо преступления, нередко на сексуальной почве, сразу представляемого публике в качестве преступника. Адвоката, а равно любых других процессуальных гарантий, несчастному не полагалось. Прокурор, в роли которого нередко выступал сам Мозговой, зачитывал «обвинительное заключение», после чего слово предоставлялось подсудимому. Последний, как правило, полностью признавал свою вину. Затем начинался, быть может, самый важный этап процесса – слово имел любой из присутствующих, по крайней мере, из тех, кто хотел выступить. Простые люди, сидящие в зале и не имеющие не только юридического образования (без него, может, и можно обойтись, принимая во внимание опыт американских присяжных заседателей), но и альтернативной картины произошедшего, косноязычно пытались определить даль-

¹ Подробнее см.: *Бігун В.* Правосуддя і самосуд: філософсько-правовий аналіз понять // *Юридична Україна*. 2009. № 10. С. 4-9.

нейшую судьбу человека («Что с ним делать?, - все время восклицал Мозговой, - вы теперь суд, определяйтесь!»). В основном все их рассуждения сводились к тому, расстрелять ли человека сразу или «пустить сидит». Затем, под крики матери осужденного к расстрелу, его уводили!... В этой связи невольно вспоминаются слова А. Камю: «Когда высшее правосудие вызывает лишь тошноту у честного человека, которого оно призвано защищать, трудно поверить в то, что оно призвано поддерживать мир и порядок в стране. Становится очевидным, что оно не менее возмутительно, чем само преступление, и что это новое убийство вовсе не изглаживает вызов, брошенный обществу, и только громоздит одну мерзость на другую»².

Конечно, во всем описанном нами можно увидеть погоню за дешевой популярностью, которой, возможно, хотел добиться Мозговой, педалируя в сознании людей самые низменные качества (жажду мести, конформизм, «эффект стаи» и проч.). Как сказал бы Троцкий, Мозговой проявил себя «профессиональным эксплуататором отсталости рабочего класса». Но во всем этом можно увидеть более глубинные мотивы, выходящие на психологию революции как таковую. Ведь последняя, насаждая новые формы взамен сметенных до основания старых, выпускает, словно джинна из бутылки, угнетенное ранее правопонимание, давая ход почину снизу, экспериментируя и заигрывая со стихийностью, вольницей. Целью самосуда может быть также *недопущение несправедливости* – известно, что до войны многие преступники, подконтрольные олигарху Р. Ахметову, оставались безнаказанными. Именно в этом, по нашему мнению, кроются истоки самочинного судейства и узаконение общегражданского обвинения на романтическом этапе государственного строительства в ДНР/ЛНР. Сейчас, насколько можно судить по редким сообщениям с «оккупированных территорий», где насаждается сверхцентрализованная система управления по российскому образцу, ситуация стала несколько иной.

¹ 50-минутную видеозапись «первого народного суда Новороссии» без труда можно найти на сайте youtube.com.

² Цит. по: *Ковлер А. И.* Мораль и право: послание Альбера Камю (к 100-летию писателя) // *Право и литература: материалы VIII филос.-прав. чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / Отв. ред. и сост. В. Г. Графский*. М.: Норма, 2014. С. 18.

Важно подчеркнуть, что еще 7 октября 2014 г. УПК Украины был дополнен новой главой 24¹ «Особенности специального досудебного расследования уголовных правонарушений», предусматривающей процедуру уголовного производства при отсутствии подозреваемого или обвиняемого (*in absentia*), т. е. фактически процедуру заочного осуждения. Очевидно, что данные новеллы своим острием направлены на легализацию возможности уголовного преследования В. Януковича и его окружения, а также ряда видных сепаратистов, находящихся ныне за пределами Украины. В частности, до начала судебного разбирательства уголовное производство может быть передано на рассмотрение другого суда по месту проживания обвиняемого, большинства потерпевших или свидетелей, а также в случае невозможности осуществления соответствующим судом правосудия. Как известно, подобного рода норма широко применялась в процессах против сицилийской мафии с тем, чтобы «перекачать» дела с Сицилии на материк². Кроме того, более мягкие меры пресечения в виде личного обязательства, личного поручительства, домашнего ареста или залога не могут быть применены к лицам, проходящим по данной процедуре.

Основанием для осуществления специального досудебного расследования или специального судебного производства является уклонение от явки по вызову следователя, прокурора или судебного вызова следственного судьи, суда (неприбытие на вызов без уважительной причины более двух раз) подозреваемым, обвиняемым, который находится за пределами Украины. В этом случае с ходатайством об осуществлении специального досудебного расследования следственному судье вправе обратиться прокурор или следователь по согласованию с прокурором. Ходатайство об осуществлении специального досудебного расследования рас-

¹ Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини» від 07.10.2014 р. за № 1689-VII // Відомості Верховної Ради. 2014. № 46. Ст. 2046.

² *Блохин П.* Реформа судебной власти в Венгрии и европейские стандарты справедливого правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 5. С. 71.

сматривается следственным судьей не позднее десяти дней со дня его поступления в суд с участием лица, подавшего ходатайство, и защитника. Если подозреваемый самостоятельно не привлеч защитника, следственный судья обязан принять необходимые меры для привлечения защитника.

По результатам рассмотрения ходатайства следственный судья постановляет определение, в котором указывает мотивы удовлетворения или отказа в удовлетворении ходатайства о проведении специального досудебного расследования. Повестки о вызове подозреваемого в случае осуществления специального досудебного расследования направляются по последнему известному месту его жительства или пребывания и обязательно публикуются в средствах массовой информации общегосударственной сферы распространения и на официальных веб-сайтах органов, осуществляющих досудебное расследование. С момента опубликования повестки о вызове в средствах массовой информации общегосударственной сферы распространения подозреваемый считается надлежащим образом ознакомленным с ее содержанием.

При наличии таких обстоятельств по ходатайству прокурора, к которому прилагаются материалы о том, что обвиняемый знал или должен был знать о начавшемся уголовном производстве, но уклоняется от него, суд выносит определение об осуществлении специального судебного производства в отношении такого обвиняемого. Участие защитника в специальном судебном производстве является обязательным. Если же основания для вынесения судом определения о специальном судебном производстве перестали существовать, дальнейшее судебное разбирательство начинается сначала согласно общим правилам, предусмотренным УПК Украины¹.

Следует также учитывать, что ни чрезвычайное, ни военное положение в Украине не объявлялось, а сама антитеррористическая операция проводится на основании закрытых от посторонних глаз

¹ Доктринальный анализ этих законодательных новелл см.: *Шаренко С., Шило О.* Спеціальне досудове розслідування і судове провадження: проблемні питання правового регулювання // Право України. 2015. № 7. С. 58-65; *Маринів В.* Проблеми оскарження судових рішень, прийнятих у заочному (спеціальному) кримінальному провадженні // Там же. С. 75-81.

решений Совета национальной безопасности и обороны (далее – СНБОУ).

Напомним читателям, что 13 апреля 2014 года СНБОУ принял решение с грифом «секретно», именуемое «О неотложных мерах по преодолению террористической угрозы и сохранению территориальной целостности Украины»¹, введенное в действие Указом и. о. Президента Украины А. Турчиновым днем позже. Данное решение, если его оценивать с сугубо конституционно-правовых позиций, вызывает ряд вопросов. Во-первых, согласно статье 11 Закона Украины «О борьбе с терроризмом» (в действовавшей на то время редакции от 20.03.2003 г.)² решение о проведении антитеррористической операции принимается руководителем Антитеррористического центра при Службе безопасности Украины по согласованию с председателем СБУ или даже руководителем координационной группы соответствующего регионального подразделения СБУ по согласованию с руководителем Антитеррористического центра. Не более того. Следовательно, сам факт «подъема» этого вопроса до уровня высшего политического руководства страны (СНБОУ, Президента) дает основание полагать, что проводится не антитеррористическая операция, наподобие, скажем, той, что имела место при захвате в 2011 г. А. Дикаевым гостиницы в Одессе, а нечто большее. А если это так, то в таком случае необходимо было выяснить, что именно происходит на юго-востоке страны (сложно выстроенный государственный переворот? Гражданская война?) и каковы должны быть юридические параметры реакции государства в лице силовых структур на происходящее.

Во-вторых, как и в случае с первой чеченской войной в России (1994-1996 гг.), боевые действия ведутся на основании секретного нормотворчества. Однако любому непредвзятому юристу ясно, что проведение мероприятий, существенным образом ограничивающих права граждан (как минимум, свободу передвиже-

¹ Указ Президента України «Про заходи щодо забезпечення консолідації громадян України та припинення громадянського протистояння в Донецькій та Луганській областях» від 13.04.2014 р. за № 399/2014 // Офіційний вісник України. 2014. № 32. Ст. 856.

² Закон України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 р. за № 638-IV // Відомості Верховної Ради. 2003. № 25. Ст. 180.

ния, не говоря уже о праве на жизнь), не может осуществляться на основании секретных актов, без их опубликования для всеобщего сведения. О том же говорит и статья 57 Конституции Украины, согласно которой законы и иные нормативно-правовые акты, определяющие права и обязанности граждан, которые не доведены до сведения населения в порядке, установленном законом, являются недействительными.

Как видим, правовое развитие в Украине в условиях АТО свидетельствует о его глубокой внутренней связи с процессом подготовки и принятия *чрезвычайного законодательства*. Была не только усилена уголовная ответственность за государственную измену и шпионаж (поправки в Уголовный кодекс от 7 октября 2014 г.), уклонение от мобилизации, но и введена уголовная наказуемость новой категории политических деликтов. В частности, только за последнее время Уголовный кодекс Украины пополнился такими составами, как «финансирование действий, совершенных с целью насильственного изменения или свержения конституционного строя или захвата государственной власти, изменения границ территории или государственной границы Украины» (ст. 110²), «препятствование законной деятельности Вооруженных Сил Украины и иных воинских формирований» (ст. 114¹), «нарушение порядка въезда на временно оккупированную территорию Украины и выезда из нее» (ст. 332¹) и т. д. Стало быть, действующее уголовное право является в известной степени и до определенных пределов гипертрофией классического уголовного права, выраженной в широком круге наказуемых деяний, вследствие чего ряд в принципе нейтральных с уголовно-правовой точки зрения действий (въезд на «оккупированные территории») попадает в круг уголовно-наказуемых.

Повторимся, что речь идет не о планах чрезвычайного регулирования, а о конкретных нормах действующего уголовного, административного и процессуального права, которые обнаруживают все характерные черты чрезвычайного законодательства: большие меры наказания; возможность произвольного толкования закона судом; множественность уголовно-правовых норм, обеспечивающих правовую регламентацию всех сторон общественной жизни; постоянное расширение уголовно-правовых средств борьбы с политическими преступлениями, направленное на подавление со-

противления официальной правительственной политике; развитие правовых гарантий милитаризации страны.

Не нами замечено, что всякая война (и война в Украине – не исключение !) предполагает, что армия будет пользоваться невиданным в мирное время авторитетом и получит мощную финансовую поддержку, а кроме того, «война все спишет». Как же в реальной действительности складываются взаимоотношения украинской Фемиды с людьми в униформе ?

Прежде всего отметим, что главной проблемой, возникающей по линии «осуществление правосудия – армия», является проблема *внесудебных расправ*.

Как убедительно показано в докладе Amnesty International «Сломленные тела: пытки и внесудебные расправы на востоке Украины», непосредственно распространяемом в воинских частях, украинские военнослужащие все чаще и чаще становятся жертвами произвола со стороны сепаратистов. Так, широко известным стал случай с солдатом И. Брановицким из 81-й бригады, который вначале был избит бойцами незаконного вооруженного формирования «Спарта», а затем застрелен выстрелом в голову гражданином России А. Павловым («Моторолой»), командиром обозначенного формирования. Весь мир обошли кадры пленных «киборгов» в районе Донецкого аэропорта, поставленных на колени перед другим убийцей и садистом – Гиви, командиром незаконного вооруженного формирования «Сомали»¹. Показательным является также случай с пленными бойцами батальона Национальной гвардии Украины «Донбасс», попавшими в плен к сепаратистам в конце августа 2014 г. после поражения в иловайском «котле». Как указывается в упомянутом докладе, в плену они содержались в подвале бывшего областного управления Службы безопасности Украины в Донецке (на простонародном жаргоне «яма»). Бойцов периодичес-

¹ Показательно, что одной из наиболее популярных сегодня в Украине книг является работа журналиста Los Angeles Times украинского происхождения С. Лойко «Аэропорт», которая издана на русском языке и повествует об украинских военнослужащих - защитниках Донецкого аэропорта («киборгах»), на протяжении 242 дней удерживавших относительно небольшую по размерам территорию «воздушных ворот» в полностью контролируемом боевиками Донецке. См.: Лойко С. Аэропорт. К.: Брайт Стар Паблшинг, 2015. 328 с.

ки избивали, изредка кормили супом, в котором попадались камни, а украинский флаг был размещен на пороге, подобно половой тряпке. Когда же военнопленные, стараясь не наступать на флаг, пытались перепрыгнуть через него, то они опять-таки подвергались издевательствам¹. Однако не секрет, что жестокость рождает ответную жестокость. И уже 24-й батальон территориальной обороны «Айдар», входящий в состав Вооруженных Сил Украины, обвиняют в мародерстве, пытках, незаконных исчезновениях, имитации расстрелов и т. д.²

Короче говоря, если систему правосудия еще можно с течением времени отладить, привести в соответствие с европейскими стандартами, реформировать, то проблема внесудебной расправы как некоей замещающей официальное правосудие практики становится все более острой. В особенности, в условиях, когда судебная власть сама запугана и дезорганизована. Видя это, бойцы начинают творить правосудие своими методами...

В этой связи чрезвычайно показательным является отношение, демонстрируемое судьями в делах, касающихся административных правонарушений, совершенных военнослужащими. Напомним читателю, что 5 февраля 2015 г. Кодекс Украины об административных правонарушениях (далее – КоАП) был дополнен новой главой 13-Б «Военные административные правонарушения»³, насчитывающей 11 деликтов (ст.ст. 172¹⁰–172²⁰). Наиболее распространенными из них на практике являются составы «Самовольное оставление воинской части или места службы» (ст. 172¹¹), предусматривающий отсутствие в расположении части до 3-х суток, и «Распитие пива, алкогольных, слабоалкогольных напитков военнослужащими» (ст. 172²⁰). В отношении последнего отметим, что согласно официальной статистике более трети всех преступлений

¹ Доповідь «Зломлені тіла. Тортури та позасудові страти на сході України». К.: Amnesty International, 2015. С. 27.

² Мазур Т. Навіщо казати правду про «Айдар». URL: <http://amnesty.org.ua/nws/aidar-blog-mazur/> (дата обращения: 28.09.2015).

³ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності військовослужбовців, надання командирам додаткових прав та покладення обов'язків в особливий період» від 05.02.2015 р. за № 158-VIII // Відомості Верховної Ради. 2015. № 13. Ст. 92.

и правонарушений, совершаемых воинами в зоне АТО, совершается ими в состоянии алкогольного опьянения. Забавно, что на военном сленге военнослужащие, злоупотребляющие спиртными напитками, именуется «аватарами» по аналогии с героями одноименного фильма Дж. Кэмерона¹.

Возьмем, для примера, судебные решения, вынесенные Северодонецким городским судом (Луганская область) летом 2015 г. в отношении бойцов одного из подразделений Вооруженных Сил Украины. Так, за указанный период к административной ответственности было привлечено 38 военнослужащих, из которых 18 были приговорены к штрафу, а 20 – к предупреждению. Здесь следует оговориться, что ст. 26 КоАП предусматривает такой вид административной ответственности, как предупреждение, выносимое в письменной форме. Однако ни ст. 172²⁰, ни тем более ст. 172¹¹ не предусматривают в своих санкциях возможности назначения такого рода взыскания за обозначенные военные деликты (минимальным взысканием за пьянство как раз является штраф, а санкция за самовольную отлучку не предусматривает даже и его, сразу вводя наказание в виде гауптвахты). Тем не менее более, чем в 50 % случаях, суды ограничиваются именно предупреждением, что, в свою очередь, недвусмысленно свидетельствует об общей тенденции к либерализации карательной политики по отношению к правонарушителям подобного рода.

Любопытно также проследить колебания судебной политики в зависимости от личности конкретного судьи. Для удобства представим данные в виде таблицы.

¹ Насколько нам известно, первым в войсках столь остроумную характеристику применительно к выпивающим военнослужащим дал начальник ПВО Оперативного командования «Схід» («Восток») полковник А. Самосват. См. также: *Сибирцев А.* Бригады аватаров // Репортер. 2015. № 11. С. 22-27.

Таблица 5

<i>Фамилия судьи</i>	<i>Пол судьи</i>	<i>Общее количество дел, рассмотренных судьей по ст.ст. 172¹¹, 172²⁰ КоАП</i>	<i>Взыскание в виде штрафа (количество дел)</i>	<i>Взыскание в виде предупреждения (количество дел)</i>
Скочий	Ж	8	6	2
Макаренко	Ж	21	5	16
Юхимук	М	4	3	1
Юзефович	М	4	4	0

Таблица составлена автором на основании судебной статистики, имеющейся в открытом доступе на интернет-ресурсе Единого реестра судебных решений Украины: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

Представляется, что изложенное позволяет прийти к следующим выводам.

Во-первых, судьи-женщины несколько мягче относятся к правонарушителям в погонах, нежели судьи-мужчины. А во-вторых, судьи-уроженцы Донбасса, по всей видимости, более строги к военнослужащим, нежели судьи, происходящие родом из других регионов Украины. Скажем, судья И. Г. Макаренко, которая до своего назначения судьей Северодонецкого горсуда занимала аналогичный пост в городе Ильичевске Одесской области, в 76 % случаев старается назначить взыскание в виде предупреждения, в то время как «аборигены» Р. С. Юхимук (в 75 % случаев) и И. А. Юзефович (100 % случаев) избирают в виде взыскания более суровый штраф. Отталкиваясь от этого, можно предположить, что *коренные жители Донбасса более негативно относятся к нашей группировке и АТО в целом, нежели уроженцы других регионов.*

Обращает также на себя внимание случай судьи А. Д. Скочий. Она - одна из тех немногих судей, которая покинула город Первомайск Луганской области после его захвата боевиками под коман-

дованием «народного мэра» Ищенко и переехала на «освобожденную территорию» в Северодонецк. Тем не менее Скорич, как это видно из таблицы, в 75 % случаев, подобно судьбе Юхимуку, также назначает взыскание в виде штрафа, что лишний раз подтверждает гипотезу о некоей скрытой оппозиции нашей армии.

Напоследок отметим, что война на Донбассе – без сомнения, открытая кровоточащая рана. Украинские власти, мировое сообщество напряженно ищут пути выхода из сложившегося кризиса. Каким он будет, покажет только время. Нам же остается лишь надеяться, что, говоря словами цивилиста И. А. Покровского, «нынешняя война явится решительным переломом от силы к праву, что за временем ожесточения и разрушения наступит время примирения и радостного общечеловеческого творчества – то время, когда каждый готов будет воскликнуть словами старого гуманиста времен реформации: «Здесь и отныне началась новая эпоха всемирной истории, и вы вправе говорить, что присутствовали при ее рождении»¹.

¹ Покровский И. А. Сила или право ? // Правознавча спадщина Глухівщини: Зб. праць / За ред. Ю. С. Шемшученка. К.: Юрид. думка, 2008. С. 254.

4. Реализация принципа соразмерности в процессуальных отраслях права (к 90-летию со дня рождения академика М. В. Цвика)

Среди украинских теоретиков права послевоенного времени наибольшей известностью заслуженно пользуется имя выдающегося харьковского ученого, доктора юридических наук, профессора Марка Вениаминовича Цвика. Он, в отличие от некоторых областных властью коллег, не имел, за исключением последних лет жизни, каких-либо званий или наград, кроме тех, которые получил на фронте. Однако в юриспруденции, как и во многих других отраслях науки, заслуги ученых определяются, в конечном счете, не их должностями, наградами и званиями, количество которых чаще всего находится в прямой зависимости от готовности угождать властям, а реальным вкладом в науку и способностью отстаивать те научные положения, которые представляются им правильными и прогрессивными.

Оценивая научное наследие М. В. Цвика, нельзя не обратить внимание на то обстоятельство, что одной из проблем, которая интересовала его едва ли не на всех этапах жизненного пути, была тематика, связанная с принципами права, начиная от принципов демократии и заканчивая принципом верховенства права. Более того – один из лучших его учеников, С. П. Погребняк, защитил по основополагающим принципам права докторскую диссертацию. Тем объяснимее выглядит наше обращение к указанной проблематике, в частности принципу соразмерности, в рамках настоящей статьи, правда, уже применительно к хозяйственной процессуальной форме.

Принцип соразмерности (известный также как пропорциональности или эквивалента) уходит своими корнями в глубокую старину. Его отголоски можно услышать уже в правовых воззрениях ранних первохристиан, сформулировавших важнейшее правило «равным за равное». Любопытно, что наши праотцы рассматривали соразмерность в двух аспектах. Во-первых – как эквивалент в обмене благами, услугами, товарами и проч. («какой мерою мерите, такую отмерено будет вам»). А во-вторых – как эквивалент в воздаянии за ущерб и зло («каким судом судите, таким будете

судимы»). Эти христианские ценности, усиленные впоследствии Аристотелем, были восприняты римским правом, а уже оттуда перекочевали в деловую практику Киевской Руси.

Поэтому нет ничего удивительного в том, что хотя в Малороссии не ограничивался размер штрафных санкций, прежде всего неустойки, тем не менее коммерческие суды имели право уменьшать неустойку, если она была явно несоразмерна убыткам от неисполнения обязательства. Более того – 24 мая 1893 г. Правительствующий Сенат издал Закон о преследовании ростовщических действий, согласно которому чрезмерная, по мнению суда, неустойка вовсе могла быть признана недействительной, правда, не затрагивая при этом силы главного обязательства. Кто знает, может быть из тех времен к нам пришла народная поговорка, метко передающая суть принципа соразмерности – «нельзя из пушек стрелять по воробьям» ?

В советской судебной-арбитражной практике арбитражи имели право не только снижать, но и повышать размер договорных штрафных санкций соразмерно нанесенному вреду. Например, в постановлении Совнаркома СССР от 19 декабря 1933 г. оговаривалось право арбитража повышать договорные санкции в случае «систематического нарушения основных договорных обязательств». Так на протяжении столетий принцип соразмерности пробивал себе дорогу в хозяйственной жизни.

Впрочем, не надо думать, что соразмерность – всего лишь мертвое историческое наследие. Напротив – она по-прежнему широко используется отечественными судами для обоснования своих решений. Так, Конституционный Суд Украины по меньшей мере дважды ссылался на принцип соразмерности при формулировании собственных правовых позиций.

Первый раз – в Решении от 24 марта 2005 г. по делу о налоговом залоге. Этим Решением Суд аннулировал дискриминационную норму, в соответствии с которой налоговый залог распространялся на все активы налогоплательщика независимо от суммы его налогового долга. Тогда орган конституционной юрисдикции сказал, что исходя из соразмерности как элемента общеправового принципа справедливости, размер налогового залога должен четко соответствовать сумме налогового обязательства. Не более того.

Во второй раз ему пришлось столкнуться с принципом соразмерности в 2007 г. в деле о кредиторах предприятий коммунальной формы собственности. Сославшись, в свою очередь, на практику Европейского Суда по правам человека (*Osman v. United Kingdom*), Конституционный Суд подчеркнул, что ограничение прав, в том числе в сфере хозяйственного оборота, возможно лишь тогда, когда оно, это ограничение, будет соразмерно поставленной правомерной цели, а избранные методы ограничения будут не чрезмерны, а пропорциональны, адекватны и соразмерны реальной угрозе.

В том же Решении Конституционный Суд указал на то, что соразмерность предполагает нахождение некоего баланса между правами частных лиц и конституционно одобряемыми целями государства или территориальной громады. В подтверждение последнего тезиса органом конституционной юрисдикции было установлено правило, согласно которому даже если в отношении коммунального предприятия начата процедура банкротства, то хозяйственный суд обязан на любой стадии прекратить эту процедуру в том случае, если местный Совет проголосует за неприменение к такому предприятию Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом».

Тем самым Конституционный Суд, опираясь на принцип соразмерности, сделал выбор между интересами кредиторов и интересами территориальной громады в пользу последней. Ибо все наши коммунальные услуги (свет, вода, вывоз мусора, с недавних пор метро) находятся в ведении именно коммунальных предприятий, банкротство и последующая ликвидация которых неминуемо ударили бы по интересам миллионов людей.

Резюмируя, можно отметить, что Конституционный Суд получает уникальную по меркам отечественной Фемиды возможность сослаться в своих решениях на принципы наибольшей степени абстракции и общеправовые представления. Как следствие, он вводит не только в научный, но и в практический правоприменительный оборот достижения доктрины конституционализма, существенно облегчая для других судов ориентацию в современном демократическом правосознании.

Известно, что конституционное судопроизводство во многих странах Европы первоначально основывалось на кельзеновской модели, которая исходила из идеи соблюдения строгой иерархии единой и непротиворечивой системы позитивных норм, вершиной которой являлась конституция как некая основная норма высшей ценности. Задачи конституционного суда в этой модели как гаранта конституции представлялись в контроле за действующим законодательством путем его простого сопоставления и приведения в соответствие с основной нормой.

Однако с течением времени стало очевидным, что для критической оценки действующего законодательства, преодоления многочисленных правовых конфликтов, противоречий и пробелов одних лишь критериев, лежащих в плоскости позитивного права, явно недостаточно. Особенно остро с подобными проблемами столкнулись конституционные суды уже в наше время, в посткоммунистических странах в условиях неразвитого конституционного законодательства, его противоречивости, необходимости реагировать на быстрые социальные изменения и модернизацию всей правовой системы.

Для преодоления этих трудностей наиболее удобными инструментами оказались естественно-правовые представления о должном праве, надпозитивные принципы и оценки, ссылки на общие принципы права, общепризнанные принципы международного права, принципы либеральной демократии и т. п., которые стали проникать и в решения конституционных судов. Не нами замечено, что судья, испытывающий уважительное отношение к принципам и их роли в правовом регулировании, может положить их в основу аргументации соответствующего решения Конституционного Суда, проигнорировав другие, возможно для кого-то более значимые, доводы. В таком случае судебные акты становятся насыщены критической и конструктивной оценкой оспариваемых норм именно с позиций должного и справедливого.

Скажем, в Решении Конституционного Суда Украины от 10.12.2009 г. по делу о преимущественном праве нанимателя на приобретение военного имущества сказано, в частности, что «ограничение законодателем права собственника имущества, переданного в наем (аренду), касательно распоряжения этим имуществом

должно основываться на критериях *разумности и справедливости*» (выделено нами. – Прим. авт.). Как видим, личная позиция судей, их независимая оценка обстоятельств дела, базирующаяся на собственном внутреннем убеждении, во многом определяет и предопределяет избираемую ими аргументацию, которая в конституционном судопроизводстве может опираться как на формализованные, так и на оценочные понятия, в числе которых видное место занимают общеправовые принципы.

Итак, соразмерность, будучи элементом более широкого принципа справедливости, предполагает свободную оценку судом фактических обстоятельств в каждом конкретном деле и выяснение того, какая санкция в данном случае будет считаться соразмерной нанесенному ущербу. Принцип соразмерности выдвигает критерий предела таких санкций, действие которых не должно выходить за рамки соответствующей цели. Европейские стандарты тут таковы, что штрафные санкции не должны превращаться в инструмент чрезмерного ограничения свободы предпринимательства, когда выплаты по этим санкциям ставят под угрозу саму дальнейшую деятельность вплоть до ее прекращения. Именно поэтому во второй половине XX ст. в Гражданский кодекс Франции были внесены нормы о праве суда уменьшать чрезмерную неустойку. Аналогичная практика сложилась в США. Английское же право вовсе запретило включение неустоек в договор.

Да и что представляет собой ст. 233 Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХКУ) «Уменьшение размера штрафных санкций», как не проявление принципа соразмерности? Напомним, что в соответствии с этой статьей хозяйственный суд вправе уменьшить размер санкций, если они чрезмерно высоки по сравнению с убытками кредитора. При этом хозяйственный суд должен принять во внимание: 1) степень выполнения обязательства должником; 2) имущественное состояние сторон спора; 3) не только имущественные, но и другие интересы сторон, заслуживающие внимания. Несложно заметить, что данная норма сформулирована довольно расплывчато, носит оценочный характер, отсылает конечное решение вопроса о размере санкций на усмотрение суда.

И в этом, на наш взгляд, ее сила. Слишком много в нашем хозяйственном законодательстве предписаний, сковывающих работу

суда, сводящих судопроизводство к механической работе по отысканию нужной правовой нормы. Но при такой постановке вопроса, когда судья выполняет только то, что предписывает закон, и ничего более, не остается места настоящему правосудию, если под ним понимать профессиональную деятельность судьи, который, чтобы прийти к справедливому, с его точки зрения, решению, должен не только истолковать закон, но и наполнить это решение своими личностными нравственно-правовыми принципами, базирующимися на оценке материалов дела. Как говаривал Лютер, «юрист, если он только юрист, жалкая вещь».

Итак, каковы же основные «болевы точки», возникающие на сегодняшний день в связи с применением штрафных санкций ?

Во-первых, хотя ХКУ и относит к штрафным санкциям неустойку, штраф и пеню, однако он не дает легального определения каждой из перечисленных санкций. Следовательно, хозяйственному суду ничего не остается, кроме как искать аналогии с мерами гражданско-правовой ответственности. Вместе с тем это еще больше запутывает дело.

Приведем пример. В статьях 231, 232 ХКУ отсутствует понятие пени. Правда, в Гражданском кодексе Украины (далее – ГКУ) говорится, что пеней является неустойка, которая исчисляется в процентах от суммы несвоевременно выполненного денежного обязательства за каждый день просрочки. Возникает вопрос – а можно ли начислять и взыскивать пеню за нарушение денежного обязательства, скажем, за просрочку поставки продукции ? Приходится констатировать, что сложившаяся судебная практика здесь крайне противоречива.

Так, решением хозяйственного суда Харьковской области от 16 ноября 2004 г. был признан недействительным пункт договора между ООО «Сервис-Инвест» и АО «Газэнергокомплект» в части, предусматривающей пеню за несвоевременную поставку продукции. Свое решение суд мотивировал тем, что по ГКУ пеню можно назначать только за нарушение денежного обязательства, в то время как поставка продукции не является таковым. Однако 11 января 2005 г. Харьковский апелляционный хозяйственный суд отменил это решение суда первой инстанции на том основании, что правоотношения двух хозяйствующих субъектов должны регулиро-

ваться Хозяйственным кодексом, а не Гражданским, и именно Хозяйственный кодекс подлежал в данном случае применению судом. Впрочем, апелляционный суд как-то упустил из виду, что Хозяйственный кодекс не говорит равным счетом ничего по поводу порядка применения пени, лишь называя ее в перечне штрафных санкций.

Наконец, 7 июня 2005 г. Высший Хозяйственный Суд Украины (далее – ВХС) вынес постановление, которым солидаризировался с апелляционной инстанцией. Правда, уже на том основании, что п. 4 ст. 231 ХКУ устанавливает, что если размер штрафных санкций законом не определен, то санкции применяются в размере, предусмотренном договором. А пеня в качестве санкции в принципе была указана в договоре между ООО «Сервис-Инвест» и АО «Газэнергокомплект».

Попутно заметим, что есть и противоположные решения ВХС.

О какой соразмерности в таком случае может идти речь, если действующее законодательство не дает ответа на важнейшие вопросы, а практика судов, включая высший специализированный, предельно противоречива ?

Во-вторых, спорной выглядит сама градация штрафных санкций на неустойку, штраф, пеню. Со студенческой скамьи всем известно, что неустойка делится на штраф и пеню. Просто штраф – это такая неустойка, которая взыскивается в твердой сумме, реже в долях или процентах одномоментно. А пеня – это неустойка, которая носит длящийся характер и потому начисляется за каждый день просрочки платежа. Поэтому в ХКУ допущена логическая ошибка, в силу которой родовое понятие (неустойка) ставится на одну доску с видовыми понятиями (штраф, пеня). Между тем подобное нарушение законов формальной логики приводит к существенным искажениям судебной практики.

Что обязан взыскать хозяйственный суд ? Пеню или неустойку ? Штраф или пеню ? Или и то, и другое, и третье ? И что из них будет подлежать снижению в целях соблюдения принципа соразмерности ? Ответов пока нет, а судьи вынуждены интуитивно применять эту несовершенную градацию, рискуя в любой момент быть одернутыми вышестоящими судебными инстанциями.

И, наконец, в-третьих. Ст. 233 ХКУ позволяет хозяйственному суду уменьшать размер штрафных санкций, явно несоразмерных последствиям нарушенного обязательства. Это – материально-правовая норма. В то же время известно, что материальное право бесплодно без права процессуального. Именно процессуальные нормы указывают нам конкретные пути реализации соответствующих материально-правовых предписаний. По выражению К. Маркса, испытывавшего, кстати говоря, постоянный и неохладевавший интерес к юридической тематике, «процесс есть форма жизни закона». Что же говорит нам процессуальный закон ?

В п. 3 ч. 1 ст. 83 Хозяйственного процессуального кодекса Украины сказано, что суд при постановлении решения в исключительных случаях имеет право уменьшить размер взыскиваемой неустойки. Использование оценочной категории «в исключительных случаях» означает, что подобного рода практика, по логике законодателя, не должна носить частый, массовый характер, а должна применяться судом точно, в отношении каких-то эксклюзивных участников рынка. Пока же суды достаточно часто обращаются к институту снижения неустойки на основании ст. 233 ХКУ, воспринимая это скорее как свою обязанность, нежели как исключительное право.

Видимо, логика законодателя такова, что пункты договора о неустойке представляют собой такие условия, которые в рамках принципа свободы договора вообще не должны подвергаться пересмотру судом. Вмешательство государства в лице судебного органа в автономию воли сторон неминуемо приводит к тому, что люди перестают учиться на собственных ошибках, зная наперед, что суд снизит явно завышенную, однако санкционированную должником при заключении договора, неустойку. Такой порядок вещей, очевидно, способствует консервации глупости и неэффективности, тому, что в социальной психологии именуется «эффектом пролонгированного детства», благодаря которому твоя ошибка всегда будет исправлена кем-то более могущественным (в данном случае – судом). Считается, что один раз проиграв дело по взысканию с него большой неустойки, предприниматель будет в следующий раз куда более внимателен при составлении контракта. Повторимся – такова логика законодателя.

В этой связи показательны нормы немецкого права. Германское гражданское уложение допускает снижение неустойки судом в общегражданских отношениях. Когда же речь идет о коммерческой деятельности, осуществляемой физическими лицами-предпринимателями и юридическими лицами, то Германское торговое уложение снижения неустойки не допускает. Поскольку считается, что немецкий бизнесмен должен учиться на собственных ошибках.

Убеждены, что сегодняшняя, относительно частая практика снижения судом неустойки абсолютно оправдана в украинских условиях. Более того – она как раз и направлена на обеспечение доминантно-правового принципа соразмерности. Следует задуматься, почему участники хозяйственного оборота заключают договоры, грозящие им драконовскими штрафными санкциями, которые потом вынужден понижать хозяйственный суд ?

Американские психологи, проанализировав недавние ипотечный и финансовый кризисы, вызванные во многом массовой недооценкой рисков и переоценкой перспектив роста, пришли к выводу, что виной всему два фактора.

Первый – чисто психологический, именуемый «фактором сверхоптимизма» (overoptimism). Придя к согласию по всем существенным условиям договора и рассчитав все выгоды, лицо, как правило, в момент заключения договора не намерено его нарушать и потому не придает адекватного значения размеру неустойки и прочих штрафных санкций. Контрагент как бы недооценивает вероятность того, что он будет вынужден нарушить договор (из-за непредвиденных финансовых затруднений, ареста счетов и т.д.).

Но в Украине с ее непредсказуемой политической жизнью, традициями незаконного вмешательства в деятельность хозяйствующих субъектов «фактор сверхоптимизма» становится не столько психологической особенностью нерадивого предпринимателя, сколько объективно обусловленной реальностью, с которой обязан считаться, но которую не в силах предвидеть отечественный бизнесмен.

Вторым фактором является радикальный разрыв в реальных переговорных возможностях контрагентов. Переговорная сила или, как говорят американцы, bargaining power часто отличается

настолько, что возможность влиять на положения договора у одной из сторон либо полностью, либо в значительной степени парализована (по принципу «соглашайся или уходи»).

Опять-таки очевидно, что в Украине – с ее сверхмонополизированной экономикой – есть настолько сильные участники рынка, что они могут навязать своим контрагентам практически любые условия в плане штрафных санкций. Именно это сочетание монополистического положения на рынке многих участников торгового оборота с одной стороны, и крайней заинтересованности в заключении контракта именно с этими партнерами с другой, приводит к тому, что контрагент просто вынужден принимать навязываемые ему (безо всякого обмана или насилия !) весьма односторонние условия, не имея реальной возможности повлиять на изменение текста договора в сторону большей соразмерности и справедливости.

И вот тут на арену выходит хозяйственный суд. Данной ему властью, он вправе и обладает реальной возможностью привести описанную ситуацию к закону, не вмешиваясь при этом в сложные взаимоотношения партнеров и не затрагивая сути основного обязательства. Осуществляя поиск в каждом конкретном деле «золотой середины» между реально понесенными убытками и возмещением этих убытков, суд должен разрешить дело с позиций баланса и согласия. Именно к этому его обязывает императив соразмерности.

5. Украина в Европейском Суде по правам человека (2014-2015 гг.)¹

Украинское государство и общество находятся на переходном этапе своего развития. Это относится ко всем сферам их жизнедеятельности, в том числе и международно-правовой. В 2014 г. были восстановлены поправки, внесенные в Конституцию Украины еще 8 декабря 2004 г., основным предназначением которых было «переформатирование» нашей страны из президентско-парламентской в парламентско-президентскую республику. На базе нового законодательства были проведены выборы Президента Украины, выборы в парламент, органы местного самоуправления. Постоянно идее процесс новеллизации конституционного законодательства, в том числе под влиянием международных тенденций в области прав человека. Постепенно в государственно-правовую практику Украины входят оправдавшие себя в странах с устоявшимися демократическими традициями политико-правовые институты (сделки о признании, суд присяжных, разнообразие люстрационных процедуры). Вместе с тем приходится констатировать, что обозначенные выше и многие другие феномены правовой и политической жизни достаточно сложно входят в государственно-правовую практику Украины. Конфронтация между собой властных структур, массовые нарушения прав человека и гражданина, развитие ведомственного и чрезвычайного нормотворчества, повсеместное нарушение Конституции и законов Украины – это тоже реалии сегодняшнего дня.

Кроме того, немаловажно понимать, что Украина всегда находилась в крайне непростом положении. Так, за годы суверенитета ее реальный ВВП сократился на 35 %, что согласно данным Всемирного банка является наихудшим результатом в мире за пос-

¹ Статья написана по результатам недельной стажировки в Секретариате Правительственного Уполномоченного по делам Европейского Суда по правам человека Министерства юстиции Украины (г. Киев). Автор выражает глубокую признательность начальнику отдела представительства государства в уголовных делах Секретариата Е.С. Дзигоре за неоценимую помощь, оказанную при подготовке материалов для настоящего исследования.

ледние 24 года¹. Из всех стран, прошедших в 2013-2014 гг. через революционную волну (Венесуэла, Таиланд, Босния, Тунис, частично Египет и Турция) Украина является наименее благополучной, занимая по своему ВВП на душу населения 106-е место из 187 стран мира (для сравнения: Венесуэла занимает 71-е, а пережившая аналогичную гражданскую войну Босния – 99-е место)². В то же время Украина не в меньшей, а то и в большей мере, нежели обозначенные государства, подошла к такой точке своего развития, когда большинство ее населения достаточно образованно и ожидает, что правительство обеспечит ему эффективно работающую экономику, работу и нормально функционирующие общественные службы. Иными словами, наша страна «находится как раз в той точке, когда ограничение коррупции (а согласно данным Transparency International Украина занимает 144-е место по уровню восприятия коррупции. – Прим. авт.) и рост подотчетности властей являются критически важными для решения вопроса о том, сможет ли она продолжить догонять богатые страны или скатится обратно к жизненным стандартам бедных стран»³.

Таков вкратце неутешительный внутрисударственный фон, на котором мы будем анализировать положение нашей страны в Европейском Суде по правам человека (далее – ЕСПЧ; Суд), чья юрисдикция распространяется на Украину, начиная с 11 сентября 1997 г., т. е. с момента ратификации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция). Примечательно, что еще за год до ратификации Украиной Конвенции в новой Конституции 1996 г. было закреплено положение, в соответствии с которым «каждый имеет право после использования всех национальных средств правовой защиты обращаться за защитой своих прав и свобод в соответствующие международные судебные учреждения или в соответствующие органы международных организаций, членом или участником которых является

¹ Кораблин С. Великая депрессия. Украина // Зеркало недели. 2015. 21 авг.

² Исаев Л.М., Коротаев А.В., Васильев А.М. Революционная волна 2013-2014 гг.: количественный анализ // Социологические исследования. 2015. № 8. С. 119.

³ Там же.

Украина»¹ (ч. 4 ст. 55 Основного Закона). На практике Суд принимает жалобы от граждан Украины после прохождения ими второй (апелляционной) инстанции, действующей на уровне областей и городов Киева и Севастополя.

Прежде всего бросается в глаза резкий рост обращений украинцев в ЕСПЧ в течение 2014-2015 гг. Так, если в 2013 г., последнем «мирном» годе в новейшей истории Украины, она занимала 4-е место по количеству обращений своих граждан (9,9 %), уступая «пальму первенства» тройке «больших грешников» (англ. *big sinners*): России с 21,2 %, Турции с 13,5 % и Италии с 11,5 % обращений в общей доле «страсбургского пирога»², то по состоянию на 30 сентября 2015 г. наша страна вышла в бесспорные лидеры с 21,5 % от общего количества жалоб, поступивших в ЕСПЧ, что в количественном эквиваленте составляет 14250 из 66150 жалоб (при том, что год еще не закончился)³. Эта цифра выглядит впечатляюще даже на фоне прошлогодних показателей. В 2014 г. Украина также заняла 1-е место с 13650 жалобами (19,5 %)⁴, но, как видим, эта цифра уже преодолена за девять месяцев текущего года.

К слову сказать, в 2014 г. в отношении Украины было вынесено 40 постановлений, в 39 из которых Суд обнаружил хотя бы одно нарушение Конвенции. Из них 18 касались права на свободу и физическую неприкосновенность, 12 – бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и столько же – права на эффективное средство правовой защиты, 11 – защиты собственности, 8 – неисполнения судебных решений, 5 – отсутствия эффективного расследования (в смысле статьи 3 Конвенции) и столько же – неприкосновенности частной и семейной жизни, 4 – права на справедливое судебное разбирательство, 3 – отсутствия эффективного расследования (в смысле статьи 2 Конвенции), 1 – продол-

¹ Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради. 1996. № 30. Ст. 141.

² Гудима Д. Чи існує взаємозв'язок між підтриманням авторитету Страсбургського Суду та зваженням можливостей на звернення до нього? // Філософія права і загальна теорія права. 2013. № 1. С. 136.

³ http://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2015_BIL.pdf.

⁴ http://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2014_ENG.pdf.

жительности судебного разбирательства и столько же – свободы выражения мнений, а также свободы собраний и объединений, 2 – других статей Конвенции¹. Всего по результатам рассмотрения дел на протяжении 2014 г. Европейский Суд обязал Украину выплатить «справедливую компенсацию» жалобщикам в размере 46738812,53 евро².

В текущем же году особенно впечатляет рост количества запросов Суда (коммуникаций) властям государства-ответчика: 2946 – в 2013 г., 737 – в 2014 г., 5377 – только за 1-ое полугодие 2015 г.³, что свидетельствует, помимо прочего, о «качественном росте» содержания жалоб, наметившемся в последнее время.

Для полноты картины добавим, что всего за период, прошедший с момента ратификации Украиной Конвенции и по 2014 г. включительно в отношении нашей страны Европейским Судом было принято 1002 постановления (из них 7 – «пилотных»), среди которых в 987 (т. е. 98,5 % случаев) Судом было обнаружено хотя бы одно нарушение Конвенции. Так, 481 постановление касалось права на справедливое судебное разбирательство, 336 – защиты собственности, 298 – продолжительности судебного разбирательства, 203 – права на свободу и физическую неприкосновенность, 185 – отсутствия эффективного средства правовой защиты, 117 – бесчеловечного или унижающего человеческого достоинства обращения, 53 – отсутствия эффективного расследования (в смысле статьи 3 Конвенции), 46 – неприкосновенности частной и семейной жизни, 30 – отсутствия эффективного расследования (в смысле статьи 2 Конвенции), 29 – неисполнения судебных решений, 12 – запрета пыток, 10 – свободы выражения мнений, 9 – права на жизнь, 4 – свободы собраний и объединений, 3 – свободы мысли, совести и религии, 2 – запрета дискриминации и свободы выборов, 1 – наказания исключительно на основании закона, 26 – других статей Конвенции⁴.

Любопытно сравнить общие тенденции «украинских» дел и тенденции последнего года. Сразу обращает на себя внимание

¹ http://echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2014_ENG.pdf.

² <http://old.minjust.gov.ua/file/43560.pdf>.

³ http://echr.coe.int/Documents/CP_Ukraine_ENG.pdf.

⁴ http://echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2014_ENG.pdf.

падение количества дел, связанных с правом на справедливое разбирательство (первое место в общем зачете и только шестое – в годовом), а также тесно связанных с ним длительностью судебной процедуры и неисполнением судебных решений. По-видимому, это объясняется медленным, но верным реформированием украинской судебной системы, последний виток которого пришелся на 2010 г.¹ Зато по-прежнему актуальны для Украины проблемы с реализацией права на свободу и физическую неприкосновенность, защитой собственности и правом на эффективное средство правовой защиты. Последнее, насколько можно судить, объясняется главным образом сложившейся в Украине монополией адвокатов-лицензиатов на правовую защиту по уголовным делам, в то время как ЕСПЧ стоит на той позиции, что данный круг лиц должен быть существенно расширен (см. п. 55 решения по делу *Загородний против Украины*). Неожиданно много решений Суда наблюдается по нарушению властями государства-ответчика права на неприкосновенность частной и семейной жизни (privacy), которое и в годовом, и в общем «зачете» количественно опережает даже такое распространенное на постсоветском пространстве нарушение Конвенции, как отсутствие эффективного расследования. Можно также спрогнозировать, что по мере рассмотрения просвещенным страсбургским правосудием жалоб жителей Донбасса, будет увеличиваться число дел, проигранных Украиной по таким, казалось бы, уже основательно подзабытым в нашей стране проблемам, как нарушение права на жизнь, «насильственные исчезновения», запрет пыток и проч.

В завершение отметим, что бюджет Суда в текущем году составил около 69 миллионов евро, из которых 4328287 евро – вклад

¹ Подробнее см.: *Евсеев А.* Судебная власть в Украине: между правом и политикой // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2. С. 96-108. Разумеется, после победы «Евромайдана» в Украине было принято несколько законодательных актов, во многом изменивших существовавший формат судебной системы. Речь идет прежде всего о Законе от 08.04.2014 г. «О восстановлении доверия к судебной власти в Украине», прозванном среди специалистов «законом о люстрации судей», и Законе от 12.02.2015 г. «Об обеспечении права на справедливый суд». Однако их нормы еще не успели стать предметом оценки со стороны Европейского Суда.

Украины. В Секретариате Суда работает 664 юриста, 40 из которых – украинцы¹.

Читателю также будет небезынтересно узнать, что 21 мая 2015 г. Верховная Рада Украины приняла заявление «Об отступлении Украины от отдельных обязательств, определенных Международным пактом о гражданских и политических правах и Конвенцией о защите прав человека и основных свобод», в соответствии с которым Украина «временно, на период до полного прекращения вооруженной агрессии РФ, а именно до момента вывода всех незаконных вооруженных формирований, управляемых, контролируемых и финансируемых РФ, российских оккупационных войск, их военной техники с территории Украины, возобновления полного контроля Украины над государственной границей, восстановления конституционного строя и порядка на оккупированной территории Украины»², отступает от своих обязательств (так называемая дерогация), определенных п. 3 ст. 2, ст.ст. 9, 12, 14 и 17 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г., а также ст.ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность), 6 (Право на справедливое судебное разбирательство), 8 (Право на уважение частной и семейной жизни) и 13 (Право на эффективное средство правовой защиты) Конвенции.

Наивно полагать, будто бы принятие этого заявления, введенного в действие парламентским постановлением, было неким произвольным актом. Напротив, оно полностью вписывалось в логику тех законодательных изменений, освященных парламентской процедурой, которые уже давно действуют в украинском правовом порядке. Так, годом ранее, 12 августа 2014 г. Верховная Рада приняла поправки в Закон «О борьбе с терроризмом»³, в соответствии

¹ http://echr.coe.int/Documents/CP_Ukraine_ENG.pdf.

² Постанова Верховної Ради України «Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» від 21.05.2015 р. за № 462-VIII // Відомості Верховної Ради. 2015. № 29. Ст. 267.

³ Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» щодо превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72

с которыми в зоне проведения АТО лица, причастные к террористической деятельности, могут быть задержаны на срок более 72 часов, но не более, чем на 30 суток, с санкции прокурора и без решения суда (в то время, как ст. 29 Конституции Украины четко устанавливает, что задержанное лицо немедленно освобождается, если в течение 72 часов с момента задержания ему не вручено мотивированное решение суда о содержании под стражей). Практика же Совета Европы такова, что любое лицо, обвиненное в занятии террористической деятельности, имеет право на справедливое рассмотрение своего дела независимым, беспристрастным судом (tribunal), созданным на основании закона. В свою очередь, под таким понимается лишь тот государственный институт, который удовлетворяет таким существенным характеристикам, как независимость и незаинтересованность, а уж никак не прокуратура, олицетворяющая собой фазу обвинения¹.

3 февраля 2015 г. украинский парламент принял Закон «О военно-гражданских администрациях»², в соответствии с которым губернаторы Донецкой и Луганской областей, назначаемые, как и другие главы областных госадминистраций, Указом Президента, получили дополнительные полномочия по ограничению пребывания граждан на улицах и других общественных местах в темное время суток, организации проверки документов, удостоверяющих личность, автотранспорта, багажа и грузов, а также, в случае необходимости, личных вещей граждан.

Очевидно, что подобные меры с трудом вписываются в логику Конвенции, провозгласившей достоинство личности «матерью всех прав». Поэтому с учетом наметившегося бума обращений жителей Донбасса в Европейский Суд по правам человека (по состоянию на 1 октября 2015 г. на рассмотрении ЕСПЧ уже находится порядка 1400 индивидуальных жалоб, касающихся событий в Крыму

години» від 12.08.2014 р. за № 1630-VII // Відомості Верховної Ради. 2014. № 39. Ст. 2007.

¹ Human rights and the fight against terrorism / The Council of Europe Guidelines. Str.: CE Publishing, 2005. P. 25.

² Закон України «Про військово-цивільні адміністрації» від 03.02.2015 р. за № 141-VIII // Відомості Верховної Ради. 2015. № 13. Ст. 87.

и на востоке Украины¹), отечественный законодатель сыграл на опережение, приняв указанное выше заявление. В противном случае, Страсбургский Суд был бы вынужден оценивать боевые действия (включая артиллерийские обстрелы) на основании «нормального правового регулирования»², что заранее обрекло бы нашу страну на проигрыш. По этой же причине, кстати говоря, долгое время для ратификации Конвенции Францией была препятствием война в Алжире: власти боялись, что международные нормы о правах человека будут препятствовать проведению военных операций именно так, как они задумывались; в результате «Пятая республика» ратифицировала Конвенцию лишь в 1974 г.³

В то же время следует всегда помнить, что отступление государства – участника Конвенции, сделанное в соответствии со ст. 15 Конвенции, не только не исключает возможность обращения в Суд с соответствующими жалобами, но и не дает абсолютной гарантии, что государство-ответчик не понесет ответственность. Так, в решении по делу «*Демир против Турции*» от 23.10.1998 г. Суд признал, что была нарушена ст. 5 Конвенции, поскольку двое заявителей содержались под стражей, без доставления к судье, 23 дня, а третий – 116 дней. По мнению Суда, эти сроки были чрезмерными даже в условиях чрезвычайного положения на юго-востоке страны и при наличии заявления Турции о дерогации⁴. Не будем также забывать, что подобного рода отступление от требований Конвенции в известной мере знаменует собой дискриминацию народа в сфере признания и обеспечения прав и свобод каждого в сравнении с их международным и воспринятым другими национальными правовыми системами стандартом.

¹ <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5187816-6420666&filename=ECHR%20communicates%20new%20inter-State%20case%20concerning%20events%20in%20Crimea%20and%20Eastern%20Ukraine.pdf>.

² Лич Ф. Конфликт в Чечне: анализ практики Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 1. С. 144.

³ Коротеев К. Исполнение решений Европейского Суда по правам человека во Франции // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 1. С. 93.

⁴ Туманов В.А. Комментарий к статье 15 // Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / Под общ. ред. В. А. Туманова и Л. М. Энтина. М.: Норма, 2002. С. 223.

Впервые в судебной практике Украины Конвенция была применена 7 июня 2000 г., когда судебная коллегия по гражданским делам Николаевского апелляционного суда под председательством судьи В. П. Палиюка непосредственно применила прецедентное право ЕСПЧ (правовую позицию по делу *Лингенс против Австрии*), а также прямо определила, что его решения признаются в нашей стране источником права¹. Начиная с конца 1990-х гг., ссылки на Конвенцию являются весьма распространенным явлением в деятельности Конституционного Суда Украины – по подсчетам специалистов, к настоящему времени Конвенция была процитирована им более, чем в 20 решениях².

На сегодняшний день Украина – одно из немногих государств Европы, где еще 23 февраля 2006 г. был принят специальный Закон «Об исполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека»³. Прежде всего он устанавливает четкую процедуру исполнения решения ЕСПЧ, вынесенного против Украины. Так, согласно ст. 7 Закона в течение 10 дней со дня получения уведомления Суда о приобретении решением окончательной силы Секретариат Правительственного Уполномоченного по делам Европейского Суда по правам человека, в котором создан специальный отдел, ответственный за исполнение решений ЕСПЧ, посылает взыскателю (так в Законе именуется лицо, выигравшее в Суде дело против Украины) уведомление о его праве подать в государственную исполнительную службу заявление о выплате «справедливой компенсации», а в исполнительную службу – оригинальный текст решения Суда и перевод его резолютивной части. В свою очередь, исполнительная служба в течение 10 дней со дня поступления обозначенных документов открывает исполнитель-

¹ Шевчук С.В. Європейський суд з прав людини // Міжнародне судочинство / За ред. Ю.С. Шемшученка. К.: Юрид. думка, 2009. С. 84.

² Кампо В., Савчин М., Сергієнко Н. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та Конституційний Суд України (окремі аспекти міжнародно-конформного тлумачення Конституції України) // Право України. 2010. № 10. С. 190.

³ Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. за № 3477-IV // Відомості Верховної Ради. 2006. № 30. Ст. 260.

ное производство. Выплата взыскателю компенсации должна быть осуществлена в 3-х месячный срок с момента приобретения решением Суда окончательной силы или в срок, предусмотренный в самом решении (ст. 8 Закона). Также в упомянутом Законе впервые на законодательном уровне провозглашается, что суды применяют при рассмотрении дел Конвенцию и практику Суда как источник права (ст. 17).

Несмотря на, казалось бы, благие цели, которые преследовал нормотворец при принятии указанного Закона, последний подвергается резкой критике академическим сообществом, в том числе бывшим судьей ЕСПЧ от Украины, профессором В.Г. Буткевичем. В частности, он отмечает, что в соответствии со ст. 1 упомянутого Закона исполнению подлежат также «решения Суда касательно дружественного урегулирования в деле против Украины». Однако В.Г. Буткевич, ссылаясь на ст. 62 Регламента ЕСПЧ, совершенно справедливо указывает, что при достижении сторонами (заявителем и государством-ответчиком) дружественного урегулирования никакого специального решения Суд не принимает, а просто Палата на основании соответствующего сообщения Секретаря исключает жалобу из списка подлежащих рассмотрению дел¹.

Кроме того, ученый подчеркивает, что при формулировании положения о том, что практика Суда признается источником права в нашей стране, законодатель не уточнил, какая именно практика – только в отношении Украины или в целом весь багаж правовых позиций, накопленных Судом за более, чем 50-летнюю деятельность? Нельзя забывать, что исходя из принципа Конвенции как «живого инструмента», Суду не раз приходилось опрокидывать свои ранние правовые позиции, а значит, при желании в его практике можно найти взаимоисключающие решения, принятые в разные годы. Какое из них должен выбрать украинский суд, в особенности, когда огромное количество решений Европейского Суда не переведено даже на русский язык, не говоря уже об украинском? Казалось бы, ст. 18 Закона дает ответ на этот вопрос, устанавливая, что «в случае отсутствия перевода решения и определения

¹ Буткевич В. Якість закону і питання ефективності застосування рішень Європейського Суду з прав людини судами України (виступ на Міжнародній конференції) // Право України. 2011. № 7. С. 50.

Суда (национальный – *Прим. авт.*) суд пользуется оригинальным текстом». Но возникает другой вопрос: а много ли в Украине судей судов общей юрисдикции, которые владеют французской или английской юридической лексикой в достаточной мере, чтобы перевести пространные, насчитывающие нередко более 100 страниц юридические тексты, многие из которых написаны «пламенеющей готикой»? Вопрос риторический.¹

От себя добавим, что нельзя ограничивать исполнение решений ЕСПЧ индивидуальными мерами (выплатой «справедливой компенсации»). Практика ЕСПЧ предусматривает также некоторые меры общего характера, которые государство-ответчик должно осуществить, чтобы избежать подобных нарушений Конвенции в будущем (изменение внутригосударственного законодательства, модернизация административной практики и др.)². Как мудро и дальновидно подметила в одном из своих мнений Венецианская комиссия, «в условиях ограниченности государственных ресурсов гораздо лучше тратить финансы на проведение необходимых реформ, которые помогут предупредить нарушения Конвенции, чем выплачивать справедливую компенсацию тем лицам, которые уже пострадали от таких нарушений»³. Например, во многих решениях ЕСПЧ (последний пример этому – решение по делу *Швидкая против Украины*, вынесенное 30 октября 2014 г.) подчеркивается, что множество разнохарактерных деяний, которые можно подвести под определение хулиганства, едва ли соответствует принципу правовой определенности, которого должно придерживаться национальное законодательство, и способно «в некоторых случаях быть предметом злоупотреблений»⁴.

¹ Там же. С. 51, 52.

² Подробнее о реализации общих мер, продиктованных ЕСПЧ, в украинском правопорядке см.: Рабінович П., Гарасимів О. Практика Страсбурзького Суду у справах проти України як чинник удосконалення її законодавчих гарантій прав людини // Право України. 2015. № 2. С. 128-139. Авторы статьи приходят к выводу, что в 79,5 % от общего количества решений, вынесенных Судом против Украины на протяжении 2008-2013 гг., подчеркивается нехватка законодательных гарантий тех прав, на нарушение которых указал Суд.

³ Цит. за: Шевчук С. В. Вказ. твір. С. 78.

⁴ См. украинский перевод решения: <http://old.minjust.gov.ua/19612>.

В этой связи показательно, что в феврале 2014 г. Верховной Раде Украины было гораздо легче восстановить своим постановлением на должности судьи Верховного Суда Украины А. Волкова, главного фигуранта «пилотного постановления» по делу *Волков против Украины*, нежели исправлять те системные (структурные) недостатки отечественной судебной системы и самой законодательной власти, на которые обратил внимание Европейский Суд (политизированность механизма формирования судейского корпуса, доминирование субъективных критериев в процедуре привлечения судей к ответственности, парламентское обыкновение голосования карточками отсутствующих депутатов и т. д.)¹.

Известно, что во внутреннем законодательстве многих стран мира установление Европейским Судом нарушения Конвенции в деле заявителя относится к новым или вновь открывшимся обстоятельствам, достаточным для пересмотра дела национальным судом. Скажем, по законодательству РФ к новым обстоятельствам, являющимся основанием для пересмотра судебных постановлений, вступивших в законную силу, относится «установление Европейским Судом по правам человека нарушения положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом конкретного дела, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в ЕСПЧ» (п. 4 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ и см. аналогичные положения в АПК, КАС и УПК РФ).

В украинском законодательстве также существует близкая, на первый взгляд, норма ст. 354 ГПК Украины, согласно которой заявление в Верховный Суд Украины о пересмотре судебных решений на основании, предусмотренном п. 3 ч. 1 ст. 355 данного Кодекса, может быть подано лицом, в пользу которого постановлено решение международным судебным учреждением, юрисдикция которого признана Украиной. В свою очередь, п. 3 ч. 1 ст. 355 ГПК говорит нам о том, что в надзорном порядке заявление о пересмотре судебных решений может быть подано на основании установления международным судебным учреждением, юрисдикция

¹ Мельник Н. «Александр Волков против Украины»: судьбоносное решение и неторопливое выполнение // Зеркало недели. 2013. 30 авг.

которого признана Украиной, нарушения Украиной международных обязательств при разрешении данного дела судом. Как же на практике осуществляется подобного рода пересмотр?

Возьмем, к примеру, постановление Верховного Суда Украины от 16.05.2011 г. по делу жителя Ялты В. Петухова, который был осужден в 2004 г. Киевским апелляционным судом к пожизненному лишению свободы с конфискацией имущества за многоэпизодную преступную деятельность (разбой, незаконное завладение транспортным средством, умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах, посягательство на жизнь сотрудника правоохранительного органа и т. д.). Однако данный гражданин, каким бы виновным он ни был перед лицом Украинского государства, обратился в ЕСПЧ, который в своем решении от 21 октября 2010 г. по делу *Петухов против Украины* единогласно постановил, что имели место нарушения статей 3 (запрет жестокого обращения, которое заключалось в том, что, страдая от туберкулеза и множественных переломов костей левого бедра в результате огнестрельного ранения, Петухов не получил адекватную медицинскую помощь в колонии) и 13 (право на эффективное средство правовой защиты), а также пунктов 1 и 3 статьи 5 Конвенции, заключающиеся, помимо прочего, в том, что во время его ознакомления со всеми материалами уголовного дела (11 месяцев), времени от даты направления дела в суд и возвращения для проведения дополнительного расследования (7 месяцев) и времени с 19 по 24 мая 2004 г., когда решался вопрос о продлении сроков содержания под стражей, он находился в тюрьме без какого бы то ни было судебного решения.

В своем постановлении Верховный Суд Украины отметил, что «обстоятельств, которые бы вызывали сомнения в законности приговора суда, указывали на нарушение процедуры судебного рассмотрения или использования недостоверных или недопустимых доказательств, не установлено. Не выявлены также нарушения процессуальных прав заявителя, в частности, в части его утверждений о жестоком обращении...»¹. И далее следует наиболее распространенный в подобных случаях вывод высшей судебной

¹ Перегляд судових рішень Верховним Судом України на підставі рішення Європейського Суду з прав людини // Право України. 2011. № 7. С. 360.

инстанции Украины: «... решение Европейского Суда по правам человека не содержит указания на то, что нарушения Конвенции были вызваны решением, принятым в рамках уголовного производства, которое... не может быть исправлено иначе, как во время повторного рассмотрения дела»¹. В конечном итоге, Верховный Суд отказал в удовлетворении жалобы Петухова касательно пересмотра его дела национальным судом. Как метко выразился по этому поводу С.А. Пашин, «ссылка на подобранную специально или особым образом истолкованную норму подчас служит правоприменителю прикрытием при достижении определенных целей и результатов, не предполагавшихся нормотворцом»². Очевидно, что для украинской Фемиды такими «целями и результатами» являются обвинительный уклон (по состоянию на 1-е полугодие 2014 г. количество оправдательных приговоров в Украине составило 0,8 %), нежелание «портить статистику», ориентация на ведомственный интерес, а не права человека, и проч.

Поэтому нет ничего удивительного в том, что одно из наиболее резонансных дел, решение по которому Большая палата Суда³ вынесла 5 февраля 2015 г., как раз касалось невозможности добиться пересмотра своего дела национальным судом на основании выигранного дела в Европейском Суде. Речь идет о решении *Бочан против Украины* (№ 2)⁴.

¹ Там же. С. 361.

² Пашин С. Правозастосування та правосуддя // Філософія права і загальна теорія права. 2014. № 1/2. С. 384.

³ 6 февраля 2013 г. статья 72 Регламента Суда «Уступка Палатой юрисдикции в пользу Большой Палаты» подверглась поправкам и изменениям, в результате чего ныне она выглядит следующим образом: «Если дело, находящееся на рассмотрении Палаты, затрагивает серьезный вопрос, касающийся толкования положений Конвенции или Протоколов к ней, Палата может уступить свою юрисдикцию в пользу Большой Палаты, если только одна из сторон не возражает против этого в соответствии с пунктом 4 настоящей статьи» (Цит. по: Рожкова М.А., Афанасьев Д.В., Тай Ю.В. Порядок рассмотрения жалоб в Европейском Суде по правам человека. М.: Статут, 2013. С. 307). Именно это и имело место в данном деле, когда 19 ноября 2013 г. палата Пятой секции отказалась от своей юрисдикции в пользу Большой Палаты.

⁴ См. украинский перевод решения: <http://old.minjust.gov.ua/19612>.

С 1997 г. и по настоящее время заявительница М. Бочан, 1917 года рождения, безуспешно претендует на часть жилого дома и земельный участок, на котором тот расположен. В борьбе за свои права она прошла все национальные судебные инстанции, включая Верховный Суд Украины, который изменил территориальную подсудность дела и направил его на рассмотрение нижестоящих судов другой области, где Бочан потерпела поражение. В 2001 г. она обратилась в Европейский Суд по правам человека, который вынес свое первое решение по делу *Бочан против Украины*, вступившее в силу 3 мая 2007 г. В нем, в частности, говорилось, что «... такое изменение территориальной подсудности было осуществлено Верховным Судом после выражения категорического несогласия с выводами судов нижестоящих инстанций касательно обстоятельств дела и после выражения им своей позиции по одному из главных аспектов спора еще до осуществления судами новой оценки фактов и исследования доказательств... Принимая во внимание, что Верховный Суд Украины не обосновал свое решение касательно изменения территориальной подсудности дела, Суд считает, что опасения заявительницы касательно предварительно сформированной у судей Верховного Суда позиции по делу, включая заместителя его председателя, и возможности того, что новые судьи, которым было передано дело, будут рассматривать последнее в соответствии с выводами Верховного Суда, можно считать объективно обоснованными». В конечном счете, Суд констатировал нарушение пункта 1 статьи 6 Конвенции.

Когда же М. Бочан на основании имеющегося решения ЕСПЧ вновь обратилась в Верховный Суд Украины с просьбой пересмотреть ее дело в связи с исключительными обстоятельствами, то 14 декабря 2008 г. Судебная коллегия по гражданским делам отказала в удовлетворении ее жалобы на том основании, что «Европейский Суд по правам человека пришел к выводу о законности и обоснованности судебных решений национальных судов», а следовательно, они не могут быть отменены по основаниям, указанным в кассационной жалобе. Как следствие, Бочан была вынуждена во второй раз обращаться в ЕСПЧ, который в феврале 2015 г. вынес второе решение по ее делу.

В нем, в частности, констатировалось следующее: «... в своем определении от 14 марта 2008 г. Верховный Суд Украины грубо извратил выводы решения Суда от 3 мая 2007 г.... Суд обращает внимание на то, что обоснование Верховного Суда было не просто иным пониманием правового документа... Оно может быть расценено исключительно как «грубый произвол» или «отказ в правосудии» в том понимании, что извращенное изложение решения Суда по первому делу *Бочан против Украины* привело к разрушению стремлений заявительницы добиться рассмотрения в рамках предусмотренной национальным законодательством процедуры кассационного типа ее имущественных требований на основании решения Суда по предыдущему делу» (см. пп. 63, 64 решения *Бочан против Украины* (№ 2)).

Данное дело интересно для нас не только тем, что впервые в нем фиксировался факт невозможности добиться пересмотра своего дела в украинских судах на основании соответствующего решения ЕСПЧ, но прежде всего тем, что в нем Суд, обычно верный своей политике «террора прецедента» и фактической обязательности ранее сложившихся прецедентов по конкретной категории дел, дал оценку процедуры в кассационной инстанции (по терминологии самого Суда, «пересмотру уже завершенных судебных дел в экстраординарном порядке») на предмет ее соответствия критериям ст. 6 Конвенции, чего раньше всегда избегал делать (см. определения по жалобам *X. против Австрии*, *Сюрмон и Де Мюреши против Бельгии*, *Завадский против Польши* и ряд других). Сразу оговоримся, что указанная оценка была дана Высоким Судом не произвольно, а в контексте другого, гораздо более широкого феномена, получившего название «судебного активизма».

К сожалению, приходится констатировать, что обозначенному явлению в нашей науке никогда не уделялось достаточного внимания. Исключение составляет лишь обширная статья А.И. Ковлера, как раз посвященная анализу упомянутого феномена применительно к деятельности Европейского Суда по правам человека¹.

¹ См.: Ковлер А. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм? // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 6. С. 90-100.

Отдельные мысли по этому поводу можно встретить в переведенной на русский язык книге бывшего председателя Верховного Суда Израиля А. Барака. Он, в частности, указывает, что «как судья-активист может быть определен тот судья, который попытается приспособить право к меняющимся потребностям жизни»¹. В историческом разрезе обозначенную проблему, правда, в связи с деятельностью Верховного Суда США исследует З.Г. Голдобина². На Украине отдельные аспекты этого феномена затрагивал судья ЕСПЧ ad hoc С.В. Шевчук³. Перечисленными работами библиографический аппарат, посвященный проблематике судебного активизма, строго говоря, исчерпывается. В то же время феномен судебного активизма, соотношение последнего с судебным самоограничением (judicial restraint) является одной из излюбленных тем западного правоведения.

К примеру, в «Энциклопедии Верховного Суда» под редакцией Д. Шульца судебный активизм определяется как комплексное понятие, которое должно содержать в себе ответ на два вопроса: 1) как судьи взаимодействуют с другими ветвями государственной власти и 2) как судьи толкуют Конституцию? Ирландский ученый Б. Диксон обращает внимание на многообразие трактовок, сложившихся в британской доктрине в отношении судебного активизма. В частности, иногда под ним понимают нагрузку, которая ложится на суд, количество вынесенных решений и т. д. Однако наиболее удачным, по его мнению, представляется определение судебного активизма как готовности судейского корпуса развивать право, в частности путем его широкого истолкования⁵.

¹ Барак А. Судейское усмотрение. М.: Норма, 1999. С. 194.

² Голдобина З.Г. Активизм и оригинализм в деятельности Верховного Суда США и в американской политико-правовой доктрине (историко-правовой аспект): Дисс... к. ю. н. Ек.: УГЮА, 2007. 272 с.

³ Шевчук С. Концепція «суддівського активізму» у контексті судової правотворчості // Юридичний журнал. 2008. № 7-8. С. 54-59.

⁴ Crowe J. Judicial activism and restraint // Encyclopedia of the Supreme Court / Ed. by D. Schultz. N. Y.: Facts On File, 2005. P. 237.

⁵ Dickson B. Judicial activism in the House of Lords 1995-2007 // Judicial activism in common law supreme courts / Ed. by B. Dickson. Oxford: University Press, 2007. P. 366, 367.

В литературе можно встретить также узкое и широкое понимание судебного активизма. Скажем, уже упомянутый нами А.И. Ковлер является сторонником относительно узкой трактовки, полагая, что активизм главным образом проявляется там, где у Суда есть несколько вариантов толкования в рамках его же прецедентной практики, но он выходит за эти рамки – и тогда его выбор приобретает юридическую силу, разрушая значение предыдущих прецедентов¹. С.В. Шевчук, напротив, отстаивает широкую трактовку, подводя под исследуемое понятие такие достаточно разнообразные, на первый взгляд, явления, как: 1) признание неконституционной или незаконной деятельности других ветвей власти; 2) невозможность следовать доктрине прецедента; 3) судебное правотворчество; 4) отклонение от общепринятых методов толкования, сложившихся в процессе правоприменения; 5) правосудие, ориентированное на определенный результат². Как следствие, он приходит к выводу о том, что «активистами являются все судьи, которые вышли в своих решениях за буквальный смысл нормы или пользуются при осуществлении судопроизводства не только грамматическим способом толкования нормативного текста, формулируют новые правовые позиции»³.

По нашему мнению, применительно к деятельности Евросуда обозначенный феномен проявляется в нескольких формах. Во-первых, он действительно может иметь место тогда, – согласимся с А.И. Ковлером – когда у Суда есть несколько вариантов толкования в рамках его же прецедентной практики, но он выходит за эти рамки⁴.

Во-вторых, он проявляется в не всегда четкой позиции по процессуальным вопросам, как, например, это было в «катынском» деле (*Яновец и другие против России*)⁵. Тогда Суд столкнулся с

¹ Ковлер А. Указ. соч. С. 95.

² Шевчук С. Назв. твір. С. 54, 55.

³ Там само.

⁴ Ковлер А. Указ. соч. С. 95.

⁵ Речь идет о расстреле войсками НКВД СССР в районе Катыни (12 км западнее Смоленска) более 8 тыс. военнопленных польских офицеров в 1940 году. Подробнее см.: *Семиряга М.И.* Преступление в Катыни // Советское государство и право. 1990. № 12. С. 110-118; там же. 1991. № 1. С. 91-102.

событием, которое имело место не только до ратификации Конвенции государством-ответчиком (1998 год), но и еще до того, как она появилась на свет (1950 год), на что указывала в своем особом совпадающем мнении судья от Украины А. Юдковская¹. По общему правилу Суду следовало бы отринуть поданную жалобу как не соответствующую критерию *ratione temporis*, однако производство по делу было не только открыто, но и увенчалось постановлением полноценного решения, в соответствии с которым Россия обязалась выплатить значительную компенсацию родственникам потерпевших². Во многом схожая ситуация, правда, с противоположным знаком наблюдалась в деле «*Князь Лихтенштейн Ханс-Адам II против Германии*». В постановлении по нему констатировалось, что экспроприация имущества отца заявителя, в том числе дорогостоящей картины П. ван Лаера «Печь для обжига извести», была осуществлена властями бывшей Чехословакии в 1946 году, то есть до 3 сентября 1953 г., когда вступила в силу Конвенция, и до 18 мая 1954 г., когда вступил в силу Протокол № 1 к Конвенции. Соответственно, Европейский суд объявил себя неправомочным *ratione temporis* рассматривать обстоятельства экспроприации и ее последствия (см. § 85 постановления от 12 июля 2001 г.). Однако уже в следующем параграфе Суд фактически решает вопрос по существу, устанавливая, что решения судов Германии и последующий возврат картины в Чешскую Республику не могут быть признаны вмешательством в «имущество» заявителя по смыслу статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции.

И, наконец, в-третьих: судебный активизм может проявляться в пересмотре некоторых фактов и событий истории, подчас ведущем к неверным либо сомнительным правовым выводам. Последняя форма проявления судебного активизма и представляет для нас наибольший интерес в контексте решения по делу

¹ См.: Совместное совпадающее мнение судей А. Ковлера и Г. Юдковской по делу «Яновец и другие против России» // Международное правосудие. 2013. № 1. С. 120-123.

² Тимофеев М. «Яновец и другие против России»: катынская трагедия в прокураторском ложе судебных решений // Международное правосудие. 2013. № 4. С. 4-10.

*Путистин против Украины*¹, вступившего в силу 21 февраля 2014 г.

Предваряя изложение обстоятельств данного дела, отметим, что Интерлакенская декларация от 19 февраля 2010 г. предлагает Суду «избегать пересмотра вопросов фактов и права, которые были исследованы и решены национальными органами, - в соответствии с прецедентным правом Суда, согласно которому он не является судом четвертой инстанции»². Между тем следует учитывать, что ЕСПЧ осуществляет свою компетенцию, исходя из принципа автономного толкования понятий, согласно которому он не связан в своих оценках положениями национального права³. Более того, одной из особенностей разбирательства в Суде является то, что заявитель вправе представлять так называемые новые доказательства (*new evidences*). Это означает, что он может предъявить доказательства, которые не были представлены в национальные суды и не рассматривались ими⁴.

Немаловажное значение имеет также учет того обстоятельства, что в практике Суда неоднократно бывали случаи, когда он оценивал выводы национальных судов и следственных органов в отношении фактов дела как неубедительные и противоречивые. В частности, в деле *Гонгадзе против Украины* Суд прямо указал на то, что «во время расследования вплоть до декабря 2004 года органы государственной власти главным образом были заняты доказательством того, что государственные должностные лица высшего уровня не принимали участия в этом деле, нежели установлением истины касательно обстоятельств исчезновения и смерти мужа заявительницы»⁵.

¹ [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128204#{"itemid":\["001-128204"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128204#{)

² Декларация Конференції високого рівня про майбутнє Європейського суду з прав людини // Європейський суд з прав людини. Судова практика / За заг. ред. В.Г. Буткевича. Вип. 2: у 3 кн. Кн. 1. К.: Право України, 2011. С. 153.

³ Подробнее см.: *Туманов В.* Автономное толкование понятий в практике Европейского суда по правам человека // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2003. № 3. С. 78-84.

⁴ *Афанасьев Д.В.* Подача жалобы в Европейский Суд по правам человека. М.: Статут, 2012. С. 135.

⁵ См. украинский перевод решения: <http://old.minjust.gov.ua/19613>.

Вместе с тем в некоторых «чувствительных» делах Суду предстоит разбираться с обстоятельствами не только недавнего, но и весьма отдаленного прошлого. К тому же не будем забывать, что государства-участники Конвенции могут просить Суд принимать в расчет исторический контекст того, чтобы подчеркнуть влияние значимости истории на возможности оценивания, которые имеются у самого государства. Так, в постановлении по делу *Станков и Объединенная организация Македонии «Илинден» против Болгарии* читаем: «Власти Болгарии подчеркнули, что информация об историческом контексте и текущей ситуации в Болгарии и на Балканах существенна для понимания данного дела». Суд отвечает на пожелание правительства и воспроизводит «Краткое изложение властями Болгарии исторического контекста»¹. Но в большинстве случаев непосредственно Суд, учитывая исторический контекст дела, составляет картину фактов, так как очень часто «история» истца требует более широкого анализа. И вот здесь у него есть выбор: либо погрузиться вглубь истории (как в деле *Ассанидзе против Грузии*, в постановлении по которому Суд рассмотрел эволюцию статуса Аджарии, начиная с XI века), либо ограничиться фотографией текущего момента, как, скажем, в межгосударственной жалобе *Кипр против Турции*.

В деле *Путистин против Украины* заявитель, сын одного из игроков киевского «Динамо» - участников легендарного «Матча смерти», имевшего место летом 1942 г. в оккупированном Киеве между футбольной командой «Старт», куда входили главным образом «динамовцы», и немецкой командой «Флакельф», обратился в Европейский Суд с требованием обязать украинские суды опровергнуть информацию о его отце, обнародованную в одном из выпусков украинского издания газеты «Комсомольская правда», на предмет того, что его отец на самом деле сотрудничал с гестапо. Перед этим он обратился с требованием об опровержении в национальные суды, которые пришли к двум доминантно-правовым выводам: во-первых, публикация «Правда о Матче Смерти» не касалась Путистина лично, а во-вторых, в ней напрямую не упоминалась фамилия его отца. Речь в статье шла не столько

¹ См. русский перевод решения: <http://www.lawtrend.org/wp-content/uploads/2014/03/Stankov1.pdf>.

даже о самом матче, сколько о некоем разоблачительном фильме, съемки которого хотели приурочить к 60-летию исследуемых событий. Именно в ходе интервью один из авторов сценария сказал буквально следующее: «... Собственно, динамовцев в команде «Старт», которую создал директор местного хлебзавода, было лишь четверо (Кузьменко, Клименко, Коротких и Трусевич). Их и расстреляли. А остальные игроки работали в полиции, сотрудничали с гестапо»¹. Не согласившись с доводами национальных судебных инстанций, Путистин обратился в ЕСПЧ, стремясь доказать нарушение властями государства-ответчика статьи 8 Конвенции (Право на уважение частной и семейной жизни).

Европейский Суд, попутно заметив, что «в определенных случаях репутация умершего человека может влиять на частную жизнь его семьи, а потому также находится под сенью правовых гарантий статьи 8» (см. п. 33 постановления), тем не менее подчеркнул, что в подобных делах важно найти разумное соотношение, баланс между правом на неприкосновенность частной жизни (ст. 8) и свободой выражения мнений (ст. 10 Конвенции), которая, как известно, подразумевает право распространять не только достоверную информацию, но и сомнительную, отстаивать идеи, которые многим могут показаться оскорбительными или шокирующими (см. п. 35 постановления). По мнению Суда, следует также помнить, что формулировка статьи 8 в большей степени направлена против вмешательства государства и его агентов в частную жизнь людей, нежели против другого участника гражданского общества – средств массовой информации, все споры с которыми касательно диффамации целесообразно решать на внутригосударственном уровне в национальных судах, которые ближе к заявителям и лучше владеют соответствующим правовым и историческим контекстом.

Кроме того, следует принять во внимание и тот факт, что корреспондент «Комсомольской правды» только записал «прямую речь» интервьюируемого, а не высказал собственное мнение о событиях 60-летней давности. Более того, как уже было сказано, фамилия отца истца прямо не упоминалась в тексте статьи. Вывод

¹ Поясним читателю, что отец заявителя М. Путистин принадлежал к числу тех футболистов, которым была сохранена жизнь. Тем не менее вскоре после матча он оказался в Сырцеком концентрационном лагере в районе Бабьего Яра.

о его сотрудничестве с нацистами можно было сделать только сопоставив слова интервьюируемого и фотографию афиши тех лет с фамилиями игроков, которая однако в газетном формате была уменьшенной и нечеткой, а значит вред репутации Путистина от такой публикации был весьма отдаленным (*quite remote*) (см. п. 38 постановления).

К сожалению, объем настоящей публикации не позволяет остановиться на всех без исключения аспектах участия Украины в деятельности Европейского Суда по правам человека, прежде всего на трех межгосударственных жалобах, которые подала Украина против Российской Федерации в связи с событиями в Крыму и на Донбассе. В то же время наложение «кипрской матрицы» на приднестровские дела в Европейском Суде (*Илашку и другие против Молдовы и России, Катан и другие против Молдовы и России*, а также ряд других) не сулит ничего хорошего РФ. Как бы там ни было, ясно одно – даже Европейский Суд не избежал исторического кризиса совести в современном мире, где история очень часто воспринимается как объем фактов, которые каждый может выбирать и интерпретировать по-своему (так называемый метод «cherry-picking»). В результате возникает проблема достоверности воспроизведения и толкования истории. Как справедливо отмечается в литературе, «по своей сути, Европейский Суд в общем-то не является судом, который исправляет историческую несправедливость. Тем не менее цель этого суда состоит, помимо прочего, в том, чтобы не создавать исторической несправедливости в будущем, давая неточные описания прошлого и его связи с настоящим»¹.

¹ *Kovler A. La Cour devant l'Histoire, l'Histoire devant la Cour ou comment la Cour européenne « juge » l'Histoire // La Conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. P.: Dalloz, 2011. P. 352.*

Научное издание

*Серия «Научные доклады»
Выпуск 17*

**Евсеев
Александр Петрович**

**СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ В УКРАИНЕ:
ЗАТЯНУВШИЙСЯ ТРАНЗИТ**

Издано в авторской редакции
Ответственный за выпуск Н. М. Ярошенко
Компьютерная верстка и дизайн И. В. Москалюк

Подписано в печать 18.01.2016 г.
Формат 60x84 1/16. Бумага офсетная.
Гарнитура Times. Усл.-печ. лист. 4,84.
Тираж 100 экз. Цена договорная.
Зак. №1801/1

Напечатано с оригинал-макета,
изготовленного Издательством «Юрайт»
(Свидетельство о внесении в государственный реестр
субъектов издательской деятельности:
серия ДК № 4236 от 22.12.2011 г.),
в типографии ФЛ-П Билетченко Г.В.