

БИЛЕНЧУК П.Д., БИЛЕНЧУК Д.П., БОРИСОВА Л.В., КОЗЫРЬ М.В. КРИМИНАЛЬНОЕ КОМПЬЮТЕРНОЕ ПРАВО: УКРАИНСКОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ

Рассмотрено современное состояние украинской и европейской правовых систем и направления нормативного определения в криминальном законодательстве ответственности за совершение компьютерных преступлений.

BILENCHUK P.D., BILENCHUK D.P., BORISOVA L.V., KOZYR' M.V. THE CRIMINAL COMPUTER RIGHT: UKRAINIAN AND EUROPEAN

Here are described modern condition of Ukrainian and European law systems and directions of normative definition of responsibility for committed cyber-crimes in the criminal law.

УДК 343.126

А.П. БУЩЕНКО

Национальная юридическая академия им. Ярослава Мудрого

К КОНЦЕПЦИИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

Рассмотрены проблемы судебного усмотрения при решении вопроса о досудебном аресте обвиняемого, приведена критика комментария нового законодательства, предложенного в одном из недавних обзоров и указано на некоторые последствия неосторожных дефиниций.

Любой решительный поворот в законодательной политике непременно создает тенденцию к сопротивлению, которая может проявиться, в том числе, и в попытках толковать новые законодательные правила так, чтобы в наименьшей степени изменить устоявшиеся представления и практику. В недавнем комментарии к новому законодательству в сфере заключения под стражу П.П. Пилипчук дал толкование ряда положений [1, с.44-49], которое при ближайшем рассмотрении может показаться проявлением этой тенденции к «адаптивному» толкованию.

Новеллы Уголовно-процессуального кодекса Украины [2], помимо известных изменений в процедуре решения вопроса о предварительном заключении под стражу, затронули также и материальный аспект системы мер пресечения. До этого уголовное судопроизводство имело ясные критерии для разрешения вопроса о заключении под стражу, основанные на признаке тяжести обвинения. В зависимости от своей тяжести преступления распадались на несколько видов. Первый – это преступления, подпадающие под правило бывшей ч.2 ст.155 УПК, где сам факт подозрения в совершении одного из перечис-

ленных преступлений был достаточным основанием для заключения под стражу. Второй – преступления, предусматривающие лишение свободы до года включительно, когда заключение под стражу не применялось, кроме как в исключительных случаях. Третий вид определялся этими границами, и здесь решение вопроса о заключении под стражу зависело от свободной оценки обстоятельств каждого случая.

Июньскими изменениями 2001 года законодатель, во-первых, отменил ч.2 ст.155 УПК, тем самым признав, что заключение под стражу не может применяться только исходя из тяжести обвинения, что отмечает и П.П. Пилипчук: «законодатель отказался от положения о том, что одна лишь опасность определенного преступления, в совершении которого обвиняется лицо, является достаточным основанием для избрания меры пресечения в виде содержания под стражей» [1, с.45]. Действительно, «содержание под стражей может быть оправдано в каждом случае, если существуют конкретные указания на подлинные интересы общества, которые, несмотря на презумпцию невиновности, перевешивают правило уважения личной свободы»

[3, § 30].

Но, кроме того, законодатель значительно сместил «нижнюю» границу судейского усмотрения, установив в виде правила обязанность освобождения при подозрении в преступлении, возможное наказание за которое не превышает трехлетнего лишения свободы (ч.1 ст.155 УПК). Однако этому положению автор комментария пытается придать совершенно иной смысл. Уже в общем определении условий заключения под стражу П.П. Филипчук без всяких оговорок утверждает, что «заключение под стражу ... может быть применено ..., если лицо подозревается или обвиняется в совершении преступления, за который УК предусмотрено наказание в виде лишения свободы» [1, с.46].

Законодателем установлена довольно высокая «нижняя» граница судейского усмотрения. Видимо, это и заставило автора искать определения, которые адаптировали бы эту новеллу к привычному соотношению между интересами личности и интересами общества. Нам трудно примириться с мыслью, что праву на свободу иногда может отдаваться предпочтение перед необходимостью наказания преступника, что «государство, исходя из соображений разумной политики, может пожертвовать известным процентом уклонений в делах [о менее значительных преступлениях], но зато оградить свободу граждан, как безусловное право, независимое от усмотрения судьи» [4, с.429].

В нашем законе, однако, это «безусловное право» на свободу серьезно ослаблено возможностью отступить от правила «в исключительных случаях» (ч.1 ст.155). П.П. Филипчук так дает определение этих «исключительных случаев»: «...Понятно, что речь идет о случаях, когда на основании имеющихся в деле фактических данных с большой вероятностью можно утверждать, что обеспечить надлежащее поведение подозреваемого, обвиняемого меры пресечения, не связанные с содержанием под стражей, не могут» [1, с.47]. Именно это определение заставляет перечитать тезисы автора еще раз, так как даже на первый взгляд оно не кажется правилом для *исключительных* случаев.

Довольно высокая степень уверенности в том, что, оставаясь на свободе, обвиняемый будет вести себя «ненадлежащим» образом, нужна при *любом* случае заключения под стра-

жу, и не может быть признаком исключительного случая. Кроме того, автор не разрешает проблему, которая всегда возникает при попытке сформулировать правило для «исключительных случаев»: чем *более* «понятно» автору, что именно это правило должно определять исключительные случаи, тем *менее* понятно читателю, почему законодатель не счел возможным изложить его в тексте закона.

Но, если автор зарезервировал такое определение для исключительных случаев, какое же тогда он дает определение для обычных, рядовых случаев? Мы его находим несколькими абзацами выше: «...обязательным условием [применения заключения под стражу] ... должно быть обоснованное убеждение судьи в том, что более мягкие меры пресечения могут не обеспечить надлежащего поведения подозреваемого, обвиняемого» [1, с.47].

Если опустить стилистические отличия, разница между двумя определениями заключается лишь в одной детали: в «исключительном» случае судья должен быть убежден, что другие меры пресечения *не могут* обеспечить «надлежащего поведения, в рядовом случае судья должен быть убежден, что другие меры пресечения *могут не* обеспечить того же. Однако именно эта деталь совершенно меняет содержание судейского убеждения.

На место *определенного* убеждения в существовании того или иного процессуального риска, автор ставит отсутствие какой-либо определенности. «Могут не обеспечить» логически означает то же, что и «могут обеспечить». Употребление здесь слова «убеждение» не должно никого ввести в заблуждение, поскольку если посмотреть на предмет этого «убеждения» – «могут не обеспечить, а могут и обеспечить», или «могут обеспечить, а могут и не обеспечить», – то он заключается в допущении любой из возможных альтернатив без предпочтения какой-либо из них. Перефразировав известное изречение, мы получим: «Я уверен в том, что я ни в чем не уверен», то есть состояние убеждения, называемое *сомнением*.

Если мы теперь в правило для рядовых случаев вместо «убеждения» поставим действительное содержание этого «убеждения» – «сомнение», мы получим: *обязательным элементом применения заключения под стражу является сомнение судьи в том, что другие сред-*

ства обеспечат надлежащее поведение подозреваемого, обвиняемого. Этим автор устанавливает презумпцию в пользу заключения под стражу, поскольку задача любой презумпции – искусственно разрешить состояние неразрешимого сомнения.

Но гораздо яснее этих логических выкладок на презумпцию заключения под стражу указывают дальнейшие рассуждения автора, где он перемещает бремя доказывания «добропорядочности подозреваемого, обвиняемого в первую очередь ... на него самого и его защитника» и сетует на то, что «некоторые судьи» требуют «от следователя или прокурора доказательств того, что лицо, если оно не будет содержаться под стражей, будет нарушать процессуальные обязанности» [1, с.47]. Однако перемещение на подозреваемого бремени доказывания оснований для освобождения означает ничто иное, как создание презумпции заключения под стражу: заключение под стражу постановляется, если обвиняемый не справился с бременем доказывания своей «добропорядочности».

Оставим в стороне теоретический вопрос: можно ли вообще осмысленно доказать, что имярек «не намерен делать ничего плохого». Перемещение бремени доказывания на подозреваемого в процессе решения вопроса о заключении под стражу или освобождении, является откровенным нарушением как статьи 29 Конституции Украины, так и аналогичного положения статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенции), определяющих право на свободу как самоочевидное. А это по определению предполагает, что на том, кто лишил – или намерен лишить – человека свободы, и лежит бремя обоснования своего притязания.

Это настолько очевидно, что Европейскому Суду лишь недавно, в связи с присоединением к Конвенции стран бывшего социалистического лагеря, пришлось эксплицировать это положение: «На властях лежит обязанность подтвердить эти релевантные обстоятельства. Перемещение бремени доказывания на задержанного в таких вопросах равносильно отмене (*overturning*) правила статьи 5 Конвенции, положения, которое рассматривает задержание как исключительное отступление от права на свободу, допустимое лишь в исчерпывающе

перечисленных и строго определенных случаях» [5, § 85].

Итак, переместив бремя доказывания на обвиняемого, Пилипчук П.П. создает *теоретически* опровержимую презумпцию в пользу ареста. Остается выяснить, насколько она опровержима *практически*, то есть какого рода должны быть те обстоятельства, которые должен доказать обвиняемый (подозреваемый), чтобы рассеять описанные выше сомнения судьи. Автор дает косвенное указание на природу этих обстоятельств. Поскольку для заключения под стражу достаточно оснований полагать, что обвиняемый «(возможно, даже при каких-то определенных обстоятельствах или в какой-либо конкретной ситуации) может нарушить процессуальные обязанности» [1, с.47], то обвиняемый должен доказать обстоятельства, которые при *любых* обстоятельствах исключают возможность «нарушения процессуальных обязанностей». Корректна ли эта формулировка?

Судья, решающий вопрос о необходимости заключения под стражу, должен взвесить обстоятельства, окружающие обвиняемого, чтобы на основании них определить мотивы, как склоняющие обвиняемого к «ненадлежащему поведению», так и противодействующие этому. Если обстоятельства создают более сильные мотивы к «надлежащему поведению», в содержании под стражей нет необходимости. Именно об этом говорит П.П. Пилипчук, рассуждая о содержании статьи 150 УПК [1, с.47]. Но! Всегда можно помыслить «какие-то определенные обстоятельства или какую-либо конкретную ситуацию», которые даже самого законопослушного человека могут побудить нарушить закон. Исключить такую мыслимую возможность противоправных действий может только невозможность совершать какие-либо действия вообще, поскольку если от противоправных действий удерживает лишь мотив, а не физическая неспособность, всегда остается возможность появления («при каких-то определенных обстоятельствах или в какой-либо конкретной ситуации») разрушительного противомотива. Если так, обвиняемый может быть оставлен на свободе в самых исключительных случаях, когда даже *не мыслима* возможность его «ненадлежащего поведения», и именно такие исключительные обстоятельства должен доказать обвиняемый.

В такой формулировке *теоретически* опровержимая презумпция в пользу заключения под стражу становится трудно опровержимой *практически*, и поэтому мало отличается от концепции *обязательного* заключения под стражу при обвинении в преступлениях известной тяжести.

Это также противоречит Конвенции. В своем решении против Болгарии Европейский Суд признал нарушение статьи 5 Конвенции также и потому, что власти действовали исходя из установленной Уголовно-процессуальным кодексом и практикой Верховного Суда Болгарии презумпции в пользу ареста, которая «может быть опровергнута лишь в совершенно исключительных случаях, когда даже гипотетическая возможность побега, повторения преступления или сговора исключается вследствие серьезного заболевания или других исключительных обстоятельств. Более того, бремя доказывания таких исключительных обстоятельств лежало на задержанном, и, не справившись с ним, он был вынужден оставаться под стражей на протяжении всего процесса» [5, § 83].

Таким образом, следуя определением, которые дал П.П. Пилипчук в своем обзоре, система заключения под стражу действует на следующих принципах: В отношении преступлений, предусматривающих лишение свободы свыше трех лет, действует презумпция ареста, определяющая решение судьи, если обвиняемый не справился с бременем доказывания своей «добросовестности». В отношении обвинений, которые не могут закончиться лишением свободы, содержание под стражей не применяется. И лишь в отношении дел о преступлениях, предусматривающих лишение свободы до трех лет включительно, необходимо убедиться в «большой вероятности» того, что обвиняемый, находясь на свободе, поведет себя «ненадлежащим»

образом.

Если следовать логике автора, изменился лишь *способ определения* «опасных» преступлений: если в бывшей части 2 статьи 155 УПК они определялись перечислением, то теперь – указанием на определенную тяжесть возможно-го наказания (не менее трех лет). Сама же суть – заключение под стражу на основании лишь тяжести обвинения – осталась неизменной.

Такая конструкция довольно резко противоречит толкованию законодательных новелл, которые П.П. Пилипчук дает в начале своего обзора [1, с.44-45], не говоря уже о том, что она вряд ли отвечает намерению законодателя согласовать национальную практику в этой сфере с европейскими стандартами защиты права на свободу.

ЛИТЕРАТУРА

1. Пилипчук П.П. Обрання судом запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового розслідування кримінальної справи // Вісник Верховного Суду України. -2001. -№ 6. -С.44-49.
2. Закон України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» від 21.06.2001 р., № 2533-III // ВВР України. - 2001. -№ 34-35. -Ст.187.
3. ECHR, W. v. Switzerland judgment of 26 January 1993, Series A no 254-A, § 30.
4. Люблинский П.И. Свобода личности в уголовном процессе. Меры, обеспечивающие неуклонение обвиняемого от правосудия. – СПб., 1906. –702 с.
5. ECHR, Iijkov v. Bulgaria judgment of 26 July 2001, § 85. -URL: <http://www.echr.coe.int>

Поступила в редколлегию 02.03.2002

БУЩЕНКО А.П. ДО КОНЦЕПЦІЇ УВ'ЯЗНЕННЯ ПІД ВАРТУ

Розглянуто проблеми судового розсуду при вирішенні питання щодо досудового арешту обвинувачуваного, приведена критика коментарю нового законодавства, запропонованого в одному з недавніх оглядів і зазначено на деякі наслідки необережних дефініцій.

BUSHCHENKO A.P. TO THE CONCEPT OF DETENTION UNDER THE GUARD

The article considers questions of judicial discretion in making decisions concerning pretrial detention of accused. Author criticizes the commentary of new legislation proposed in recent law review and shows some consequences of careless definition.