

нением в 1994 г. глав о преступлениях против социалистической и личной собственности распределение ответственности между названными статьями изменилось. Частично это зависит от трактовки понятия «право на имущество». Если признавать предметом хищения (в том числе по ст. 160 УК) только вещи, то под мошенничество попадают случаи злоупотребления доверием, полученным на основании юридических фактов (договора, закона, служебного положения и т. д.) и выраженным в приобретении *права на имущество*, а также все случаи завладения доверием на основании фактических отношений и использования его для приобретения вещи. Но такое решение не соответствует понятию имущества; кроме того, не учитывается процесс перехода моральных категорий «обман», «злоупотребление доверием» в правовую.

Исходя из широкого понимания имущества и учитывая процесс превращения моральных категорий «обман», «злоупотребление доверием» в правовую, полагаем, что злоупотребить можно только доверием (о котором речь идет в ст. 159 УК), возникшим на фактических основаниях.

В судебно-следственной практике по делам о мошенничестве обман редко ограничивается от злоупотребления доверием. Чаще (92,3%) вменяются обе эти формы мошенничества либо не доказывается ни та, ни другая. Видимо, поэтому, несмотря на то что за мошенничество более чем половине осужденных назначается условная мера наказания (в 2001 г. в Алтайском крае – 53,6% осужденных), причем в отношении 30,7% лиц, обжаловавших приговоры, они были отменены или изменены. Иногда вышестоящие судебные инстанции исключают из обвинения злоупотребление доверием. В качестве самостоятельной формы мошенничества в судебно-следственной практике всех уровней вменяется только обман.

В делах о причинении существенного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием (ст. 165 УК), как правило, вменяется один способ: чаще злоупотребление доверием (69,2%), реже – обман (30,6%).

Полагаем, что с учетом изложенного правильнее декриминализировать злоупотребление доверием как способ совершения преступлений против собственности.

*Д. Д. НЕВИРКО\**

## **ОБ АНОНИМНОСТИ СВИДЕТЕЛЕЙ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ В КОНТЕКСТЕ ИЕРАРХИИ СУБЪЕКТИВНЫХ ПРАВ**

В настоящее время в правоприменительной практике для реализации субъективного права одного индивида зачастую необходимо ограничить право другого. Еще в 1990 г. В. М. Чхиквадзе писал, что в уточнении нуждается наше понимание вопроса иерархии категорий прав и свобод человека и что нужна теоретическая

\* Адъюнкт Уральского юридического института МВД РФ.

разработка проблемы взаимозависимости категорий прав, их равноправия и равноценности.

Суды довольно часто встречаются с конкуренцией различных прав и свобод человека в ситуации, когда имеется два обладателя субъективных прав и осуществление одним из них таких прав приводит к нарушению прав другого. Причем применение в подобных случаях ч. 3 ст. 17 Конституции РФ не всегда возможно, ибо это способно в свою очередь привести к нарушению прав индивида. Суду или другому органу, рассматривающему дело, приходится самостоятельно решать, какое из субъективных прав человека и гражданина является приоритетным, более значимым. Хотя некоторые авторы считают, что правовое государство – это государство судей, и убеждены, что чем сильнее и независимей будет судебная власть, тем большее значение будут иметь права и свободы человека (И. А. Трунов, В. А. Терехин), на практике это нередко приводит к тому, что в абсолютно схожих случаях вопросы права решаются диаметрально противоположно. При решении вопроса о конкуренции прав судьи вынуждены руководствоваться не законом или общепринятыми принципами, а своим субъективным мнением.

Разработанные ранее классификации прав уже не работают. Например, классическое деление прав на личные (гражданские), социальные, экономические, политические и культурные даже не охватывает всего объема прав человека, существующих на сегодняшний день. А так как они основаны не на юридических критериях, то судьи не обязаны руководствоваться ими при выработке решений по делам о соотношении прав.

Более того, при анализе научных работ, посвященных защите прав человека, я пришел к выводу, что многие права, которые только предлагается ввести на территории России, уже изначально вступают в противоречие с общепризнанными правами и свободами. Для иллюстрации я взял нормы российского уголовного процесса, поскольку именно в этой отрасли наблюдается явное столкновение как минимум двух интересов, а следовательно, и различных субъективных прав. Например, есть огромное количество научных работ, посвященных уголовно-процессуальным и уголовно-правовым способам защиты лиц, содействующих правосудию (А. А. Петуховский, С. П. Щерба, О. А. Зайцев, Л. В. Брусницын, Г. П. Минеева). В них предлагается предоставить лицам, содействующим уголовному судопроизводству, ряд дополнительных прав для обеспечения их безопасности. Рассмотрим одну из мер. В большинстве работ на первое место выдвигается право свидетеля давать показания анонимно. К сожалению, авторы подобных предложений, за редким исключением (В. М. Волженкина), не рассматривают вопроса о соотношении различных субъективных прав. Так, В. Комиссаров, отмечая, что соответствующие статьи УПК желательно дополнить указанием на то, что эти лица (имеются в виду свидетели и потерпевшие. – Д. Н.) вправе ходатайствовать перед следователем и судом о сохранении в тайне от обвиняемого (подсудимого) и его защитника своих анкетных данных или о своей анонимности в уголовном процессе, даже не упоминает о конституционных и международно-правовых нормах.

Перечисленные положения законодатель включил в окончательный текст закона. Например, в ч. 9 ст. 166 УПК РФ говорится: «При необходимости обеспечить

безопасность потерпевшего, его представителя, свидетеля, их близких родственников, родственников и близких лиц следователь вправе в протоколе следственного действия, в котором участвуют потерпевший, его представитель или свидетель, не приводить данные об их личности. В этом случае следователь с согласия прокурора выносит постановление, в котором излагаются причины принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывается псевдоним участника следственного действия и приводится образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, произведенных с его участием. Постановление помещается в конверт, который после этого опечатывается и приобщается к уголовному делу». Часть 5 ст. 278 УПК распространяет положения об анонимности свидетелей и на судебное заседание: «При необходимости обеспечения безопасности свидетеля, его родственников и иных близких лиц суд без оглашения подлинных данных о личности свидетеля вправе провести его допрос вне визуального наблюдения другими участниками судебного разбирательства, о чем суд выносит определение или постановление».

Между тем при разработке норм УПК, видимо, не учитывалось, что приведенные положения об анонимности свидетелей в уголовном процессе нарушают ст. 6 п. 3(d) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Содержание этой статьи отражает один из наиболее важных аспектов принципа равенства исходных возможностей, поскольку главная цель этого права – обеспечение лицу, обвиняемому в совершении преступления, реальной возможности оспаривать сведения любых показывающих против него свидетелей. Таким образом, применение следователем, а в особенности судом положений УПК России об анонимности свидетелей нарушает Европейскую конвенцию и является поводом для обращения в Европейский суд по правам человека. Причем, как явствует из практики, данный Суд, обнаружив нарушения процедуры судебного разбирательства, в частности наличие анонимности свидетеля в ходе судебного разбирательства, не рассматривает иные доказательства по делу, а сразу признает государство виновным в нарушении Конвенции, а это часто приводит к тому, что преступники, чья вина доказана органами национального уголовного преследования, практически оправдываются, что не только является нарушением принципа неотвратимости уголовной ответственности, но и может нанести существенный вред правовой системе государства.

Анализируемые нормы УПК России вызывают недоумение еще и потому, что данная точка зрения была сформулирована Европейским судом еще в судебном решении по делу Костовски против Нидерландов от 20 ноября 1989 г., а также по делу Барбера, Мессегэ и Хабардо от 6 декабря 1988 г. В частности, в решении по делу Костовски Суд заявил: «Если защите неизвестна личность человека, которого она намерена допросить, то она может не получить именно тех деталей, которые бы позволили ей доказать, что этот человек предьявляет предвзятость, враждебность или является ненадежным. Показания... вполне могут быть умышленно неправдивыми или просто ошибочными, и защите вряд ли удастся доказать это, если она не будет располагать информацией, позволяющей ей проверить надежность автора или подвергнуть сомнению доверие к нему. Опасности, которые таит в себе подобная ситуация, очевидны». За время, прошедшее после принятия этого решения, Суд не отошел от данной позиции, а, наоборот, укрепил ее.

Так, в деле Доорсон против Нидерландов Европейский суд по правам человека подчеркнул, что «использование показаний анонимных свидетелей для обоснования обвинительного приговора ни при каких обстоятельствах несовместимо с Конвенцией».

В деле «Ван Мехелен и другие против Нидерландов» четыре гражданина названного государства, осужденные национальным судом за различные преступления, практически были оправданы Европейским судом в связи с тем, что в ходе судебного разбирательства использовались показания анонимных свидетелей, и им была назначена соответствующая компенсация. Несмотря на то что Европейский суд в своем решении не указывал, что данные граждане не совершали вменяемого им преступного деяния, 25 апреля 1997 г. (разбирательство в Европейском суде закончилось 23 апреля 1997 г.) заявители были временно освобождены по распоряжению министра юстиции, затем их проинформировали, что им не надо отбывать оставшуюся часть наказания, а службам полиции, генеральной прокуратуры и судебного ведомства Нидерландов при применении закона о защите свидетелей предписано учитывать решение по делу Ван Мехелена и других ввиду его прямого воздействия на правопорядок Нидерландов.

Считаю необходимым отметить, что попытка учесть решения Европейского суда по правам человека имела место в России. Результат ее – закрепление в ч. 6 ст. 278 УПК следующего положения: «В случае заявления сторонами обоснованного ходатайства о раскрытии сведений о лице, дающем показания, в связи с необходимостью осуществления защиты подсудимого либо для установления каких-либо существенных для рассмотрения уголовного дела обстоятельств суд вправе предоставить им возможность ознакомления с указанными материалами». На первый взгляд приведенная норма решает проблему соотношения прав (в нашем контексте), однако при более глубоком анализе мы приходим к выводу, что наличие или отсутствие данного положения несколько не влияет на решение проблемы. Во-первых, эта норма не является императивной, она только предоставляет суду некое право, которым суд может воспользоваться. Во-вторых, даже если суд на определенной стадии разбирательства рассекретит сведения об анонимных свидетелях и тем самым восстановит нарушенное право подсудимого, то сторона защиты в случае принятия решения не в ее пользу может заявить о недействительности судебного решения и потребовать начать судебное заседание сначала исходя из того, что какое-то время право подсудимого на защиту все же было нарушено. Однако в УПК России просто нет нормы, которая позволила бы в подобной ситуации пойти навстречу стороне защиты. И в этой ситуации Европейская конвенция и Европейский суд будут не на стороне РФ. Так, в упомянутом примере, несмотря на то что права подсудимых были восстановлены, власти Нидерландов вынуждены были освободить их от уголовного наказания. Более того, как показывает практика, Европейский суд не устраивают доводы о том, что анонимные свидетели опасались запугивания или ответных действий, если бы их личность стала известна.

Как видим, ряд положений российского законодательства по борьбе с преступностью прямо противоречит международным нормам. Однако в связи с тем, что многие нормативные акты и в первую очередь УПК РФ вступили в действие срав-

нительно недавно, пока по перечисленным случаям обращений в международные органы по защите прав человека не было, однако если названные нормативные акты не будут изменены, то при их применении на практике такие обращения обязательно появятся, а, как показывает практика Европейского суда, у РФ не будет возможности доказать свою правоту на международном уровне и ее безусловно признают виновной в нарушении рассмотренных норм Конвенции. Более того, ст. 11 УПК РФ распространяет действие норм об анонимности на всех участников уголовного судопроизводства, что не согласуется с требованиями Совета Европы и, по мнению Европейского суда по правам человека, будет грубо нарушать ряд прав и свобод. Как это ни парадоксально, ст. 11 называется «Охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве».

Таким образом, в настоящее время хаотичное закрепление прав человека требует введения в данной отрасли новых классификаций. Основной недостаток прежних состоит в том, что они не поясняют, какой юридической силой обладает то или иное субъективное право, что, как уже было сказано, при конкуренции различных прав и возникновении споров приводит к тому, что в судебных инстанциях отдельные решения основываются на субъективном мнении судей, а не на нормативных правовых актах.

*Е. Е. КУЛИКОВ\**

## **НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ НЕТРАДИЦИОННЫХ СПОСОБОВ УСТАНОВЛЕНИЯ СВИДЕТЕЛЕЙ И РАБОТЫ С НИМИ**

В следственной практике достаточно часто встречаются случаи, когда использование традиционных, т. е. общепризнанных, научно обоснованных и устоявшихся, способов по установлению и допросу свидетелей не дает положительных результатов и в итоге расследование затягивается, заходит в тупик, а виновные в совершении преступления избегают справедливого наказания. Поэтому в настоящее время возникла насущная потребность в поиске новых достаточно эффективных приемов выявления и допроса свидетелей на основе изучения юристами перспективных направлений в отраслях науки о человеке.

Например, применительно к допросу в специальной литературе названы следующие нетрадиционные способы: а) применение метода биоритмологии, с учетом которого рекомендуется проводить допросы в дни, когда допрашиваемый по какой-либо причине наиболее уязвим (И. И. Китаев, А. П. Тельцов); б) использование музыки как определенного фона допроса; в) использование помощи специалиста-психолога для постижения психологии допрашиваемого, установления психологи-

---

\* Заместитель директора института прокуратуры УрГЮА.