

Несколько соображений о гарантиях, присущих принципу верховенства закона, применительно к санкциям, пресечению военных преступлений и наказанию за них

Дамьен Скалиа*

Дамьен Скалиа — младший преподаватель Женевской академии международного гуманитарного права и прав человека, в настоящее время работает над докторской диссертацией.

Краткое содержание

Военные преступления относятся к числу самых тяжких. Именно поэтому международные суды и трибуналы полномочны их пресекать и наказывать лиц, которые их совершили. Однако как бы серьезны они ни были, назначать за них наказания, выходящие за рамки

* Автор выражает искреннюю признательность профессору Кристиану-Нильсу Робберу, который взял на себя труд прочесть настоящую статью, за его ценные замечания.

уважения прав человека, было бы незаконно. Автор считает, что критерии, присущие принципу верховенства закона, подобные тем, которые применяет Европейский суд по правам человека (например, законность и соразмерность), должны соблюдаться и в случае привлечения к судебной ответственности и наказания лиц, ответственных за военные преступления.



Процесс установления норм, регулирующих санкции, тоже должен соответствовать основополагающим гарантиям, присущим принципу верховенства закона. Независимо от того, будут ли эти нормы встроены во внутригосударственный правовой порядок посредством законодательных мер или на основе прецедентов (в странах англосаксонского права) либо останутся в лоне международного права, они все равно должны соответствовать основополагающим принципам, восходящим к понятию законности, иначе такие нормы станут восприниматься как произвольные и бессмысленные.

В контексте пресечения военных преступлений и наказания за них быстрое развитие норм в течение последних полутора десятилетий (с момента учреждения международных уголовных судов и трибуналов) может создать впечатление, что основополагающие принципы уголовного права были отодвинуты в сторону. Гуманистический импульс, который помог довести до суда эти преступления, которые ранее во многих случаях оставались безнаказанными, иногда сопровождался определенным невниманием к некоторым гарантиям, присущим верховенству закона. В ограниченных рамках настоящей статьи мы попытаемся дать очерк этих гарантий, соблюдение которых должно рассматриваться в качестве приоритета.

Наш анализ охватывает четыре принципа: законность, необходимость, соразмерность и отсутствие обратной силы.

Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) в Страсбурге, хотя и не является единственным учреждением, участвующим в этой эволюции, сыграл выдающуюся роль в придании современной формы вышеуказанным принципам. Поэтому мы проанализируем различные материальные критерии, относящиеся к каждому из вышеперечисленных принципов в свете соответствующих прецедентов. Преимущество ЕСПЧ заключается в том, что он охватывает и романо-германскую, и англосаксонскую системы и применяется к обеим. Поэтому он задает рамки, очень близкие к таковым международного

уголовного права. Кроме того, он оказывает весьма ощутимое влияние на текущую юриспруденцию Международного уголовного суда, как это показывают недавно вынесенные последним решения¹.

Принцип законности

Статья 11 Всеобщей декларации прав человека определяет принцип законности следующим образом:

«Никто не может быть осужден за преступление на основании совершения какого-либо деяния или за бездействие, которые во время их совершения не составляли преступления по национальным законам или по международному праву. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое могло быть применено в то время, когда преступление было совершено».

Чтобы соблюсти этот принцип, право должно четко определить общественно значимое действие в качестве преступления и предписать соответствующее наказание². Таким образом оно защищается от произвола и позволяет гражданам регулировать свое общественное поведение.

Право заранее определяет деяния, подлежащие запрету уголовным правом. Его роль состоит в том, чтобы изолировать преступление как социальный факт, выделить его в отдельную категорию и наказать совершившее его лицо. Иными словами, применение принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* предполагает, что i) соответствующее лицо совершило деяние или упущение, которое объективно определено (упущение тоже может быть преступлением), и ii) это действие или упущение закон квалифицировал как преступление.

И когда речь заходит о наказании, праву принадлежит та же роль. Оно не может просто определить, что то или иное конкретное действие является преступлением, оставив его наказание на усмотрение судей. «Эти качественные требования должны быть удовлетворены

1 См. об этом статью Элизабет Баумгартнер в данном номере Международного журнала Красного Креста.

2 ECtHR, *Acbourn v. France*, Application No. 67335/01, 29 March 2006, para. 41.

и в отношении определения преступления, и в отношении наказания, которое оно за собой влечет»³. В противном случае результат был бы таким же, как если бы в отношении преступлений принцип законности не существовал, что было бы абсурдно. Поэтому право должно определять меру наказания.

В наши дни в определении принципа законности преобладают конкретные материальные критерии. Поэтому автор и форма источника сегодня обладают меньшим весом в толковании этого принципа, чем в момент, когда он был впервые сформулирован⁴. С самого начала важно подчеркнуть, что «право», выступающее как краеугольный камень принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege*, в настоящее время включает в себя не только писаное право, но и свод норм более общего характера, состоящий из прецедентного права и, в еще более широком смысле, право стран англосаксонской традиции⁵.

Мы рассмотрим три критерия: предсказуемость, качество и доступность в их применении к праву⁶. Они тесно взаимосвязаны, и предсказуемость права зависит от его качества и доступности. В самом деле, предсказуемость выступает как один из ключевых элементов принципа законности в применении к преступлениям и наказаниям за них. В соответствии со своей целью, заключающейся в защите общества и, прежде всего, свободы личности (а значит, и правовой безопасности), принцип предсказуемости требует, чтобы гражданин знал, какие его действия могут стать предметом уголовного преследования и какие санкции они за собой повлекут. Поэтому предсказуемость не может рассматриваться изолированно от качества права⁷ и его доступности для гражданина. Если гражданин не в состоянии разобраться в праве или не имеет к нему доступа, предсказуемость останется недостижимым идеалом.

Что касается наказаний, эти условия, как показывает европейская судебная практика, и здесь должны быть точно соблюдены: «Понятие законности наказания подразумевает не только тот факт, что

3 ECtHR, *Kafkaris v. Cyprus*, Application No. 21906/04, 12 February 2008, para. 140.

4 Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, trans. M. Chevallier, preface by R. Badinter, Flammarion, Paris, 1991.

5 ECtHR, *Sunday Times v. United Kingdom*, Application No. 6538/74, 26 April 1979, para. 47.

6 *Ibid.*, para. 49.

7 Léon Julliot de la Morandière, *De la règle nulla poena sine lege*, Sirey, Paris, 1910, pp. 60 ff.; Djoheur Zerouki, «La légalité criminelle: Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle», doctoral thesis, Université Jean Moulin-Lyon 3, 2001, p. 264.

указанное наказание имеет законное основание, но и то, что и само право соответствует критериям предсказуемости и доступности»⁸.

Показателями качества права будут ясность и четкость формулировки соответствующего положения, а вот доступность определяется более казуистическим образом (посредством аналогий и прецедентов) и может носить более ограниченный характер⁹. Оба эти критерия делают возможной предсказуемость, это мы рассмотрим ниже.

Качество права: ясность и четкость

Установив, что любое лишение свободы должно осуществляться «в соответствии с процедурой, предписанной законом», статья 5, пункт 1... прежде всего требует, чтобы любой арест или задержание имели правовое обоснование во внутригосударственном законодательстве [в соответствии с] *качеством права*...

Чтобы удостовериться в том, что лишение свободы было осуществлено в соответствии с принципом, требующим согласованности с внутригосударственным правом, Суду придется также оценить не только законодательство, действующее в рассматриваемой сфере, но и качество других правовых норм, применимых к соответствующим лицам. Качество в этом смысле подразумевает, что в случаях, когда национальное законодательство допускает лишение свободы, оно должно быть... достаточно *четким*, чтобы полностью исключить риск произвола¹⁰.

Требование четкого формулирования уголовного права, присутствовавшее в имевшем далеко идущие последствия судебном решении по делу «Сандей Таймс» против Соединенного Королевства»¹¹, идет, так сказать, рука об руку с требованием четко определять правонарушение. ЕСПЧ еще раз высказался в этом смысле в связи с делом «Коккинакис против Греции»¹².

- 8 ECtHR, Commission Report, *Gragnic v. France*, 29 June 1994, para. 32 (published in French only, author's translation).
- 9 Frédéric Sudre, «Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, No. 1 (April 2001), pp. 335–56, p. 349.
- 10 ECtHR, *Amuur v. France*, Application No. 19776/92, 25 June 1996, para. 50 (курсив автора).
- 11 *Sunday Times v. United Kingdom*, см. выше, примечание 5, para. 49.
- 12 ECtHR, *Kokkinakis v. Greece*, Application No. 14307/88, 25 May 1993, para. 52.

Но что такое ясный и четкий закон? Частичный ответ на этот вопрос дает судебная практика ЕСПЧ, подтверждающая, что ясность закона может быть оценена только при условии, что заинтересованная сторона пользуется «соответствующими консультациями»¹³. Согласно обвинительному заключению, вынесенному по делу Кантони, эти консультации юриста должны позволить стороне «оценить, насколько это реально возможно в данных обстоятельствах, последствия, которые может повлечь данное действие (см., среди других авторитетных источников, решение по делу «Толстой-Милославский против Соединенного Королевства» (the Tolstoy-Miloslavsky v. the United Kingdom judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B, p. 71, para. 37)). Это особенно верно, когда речь идет о лицах, выступающих в профессиональном качестве и привыкших проявлять предельную осмотрительность при осуществлении профессиональной деятельности. Они, как ожидается, особо тщательно оценивают риски, сопряженные с этой деятельностью»¹⁴.

Аксиома «незнание закона не освобождает от ответственности» общепризнанна на международном уровне и должна применяться аналогичным образом к государствам или участникам Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Следовательно, для понимания закона необходимо пользоваться консультациями юриста.

Суд считает, что критерий ясности должен соблюдаться и в отношении наказаний, и заявляет, что «правонарушения и соответствующие наказания должны быть четко определены законом»¹⁵.

Что касается четкости формулировки закона, она лишь относительна и даже может быть ограниченной. В целом ряде вынесенных им решений Суд указывал, что, «как отмечалось ранее, формулировка многих уставов не отличается большой точностью. Необходимость избегать излишней категоричности и учитывать меняющиеся обстоятельства приводит к тому, что при составлении многих законов в большей или меньшей степени неизбежно используются нечеткие формулировки»¹⁶. Суд также упоминал о «невозможности добиться абсолютной

13 *Sunday Times v. United Kingdom*, см. выше, примечание 5, para. 49.

14 ECtHR, *Cantoni v. France*, Application No. 17862/91, 15 November 1996, para. 35.

15 ECtHR, *Coëme and others v. Belgium*, Applications No. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, 22 June 2000, para. 145.

16 *Kokkinakis v. Greece*, см. выше, примечание 12, para. 40; см. также ECtHR, *Müller and others v. Switzerland*, Application No. 10737/84, 24 May 1988, para. 29; ECtHR, *Olsson v. Sweden*, Application No. 10737/84, 24 March 1988, para. 61; *Sunday Times v. United Kingdom*, см. выше, примечание 5, para. 49.

точности в формулировке законов»¹⁷, особенно в сферах поведения, где частности постоянно эволюционируют вместе с общественными представлениями»¹⁸. Таким образом, Суд признает, что система права может прибегать к «одному из стандартных методов регулирования посредством норм, используемых как общие категоризации, в противовес исчерпывающим перечням»¹⁹.

Наконец, точность и ясность должны оцениваться в общем контексте соответствующего документа. Положение, которое само по себе кажется неясным, может обрести четкость, если его прочесть вместе с другими статьями соответствующего закона²⁰. В случае, если «закон в целом был сформулирован недостаточно четко для того, чтобы заявитель смог определить даже с помощью юриста в той степени, в какой это реально достижимо в данных обстоятельствах, сферу и порядок применения наказания, состоящего в пожизненном тюремном заключении», ЕСПЧ счел, что статья 7 Конвенции была нарушена²¹. Следовательно, точность и ясность в правовой норме достигаются сочетанием текста и ясных прецедентов, что в совокупности поддерживает критерии, относящиеся к предсказуемости. Возможность того, что закон окажется неясен человеку без юридического образования, должна быть отмечена, поскольку предполагается, что соответствующее лицо обратится за консультацией, чтобы спрогнозировать последствия закона. Поэтому мы критически относимся к такой интерпретации точности и ясности, которыми должна обладать правовая норма. Очевидно, что понимание закона не должно зависеть от разъяснения в форме «соответствующей консультации».

К этим критериям следует добавить необходимую доступность права, в особенности уголовного, которое будет толковаться более двойственным и «ограниченным» образом²².

17 ECtHR, *Barthold v. Germany*, Application No. 8734/79, 25 March 1985, para. 47.

18 Ibid.

19 *Cantoni v. France*, см. выше, примечание 14, para. 31.

20 European Commission of Human Rights, *G.v. Liechtenstein*, 30 October 1984, cited in Zerouki, см. выше, примечание 7, p. 308.

21 *Kafkaris v. Cyprus*, см. выше, примечание 3, para. 150. В этом судебном заключении Суд, к сожалению, счел, что вывод об имевшем место нарушении сам по себе стал достаточным возмещением морального ущерба для заявителя.

22 Sudre, см. выше, примечание 9, p. 349.

Доступность права

В соответствии с судебной практикой ЕСПЧ, условие доступности определяется следующим образом: «Гражданин должен быть способен ориентироваться в обстоятельствах юридических норм, применимых к данному конкретному случаю»²³. Наказания входят в сферу применения «юридических норм» наравне с определением преступления.

Доступность оценивается в практической плоскости²⁴. По-видимому, это условие считается удовлетворенным, если доступен относящийся к делу опубликованный текст, будь то закон или описание судебного прецедента²⁵. Наконец, как подчеркнул ЕСПЧ, право не должно быть доступно всем и каждому; чтобы соответствовать указанному критерию, оно должно быть доступным заинтересованным лицам²⁶, которым надо иметь возможность на практике получать к нему доступ и, при необходимости, «соответствующие консультации»²⁷. В этой связи мы возвращаемся к своим ранее высказанным критическим замечаниям.

Предсказуемость

Для того чтобы удовлетворять критерию предсказуемости, закон должен прежде всего соответствовать обоим рассмотренным выше критериям. При этом к критерию предсказуемости следует подходить конкретно, чтобы в полной мере понять все, что он подразумевает.

Вслед за ЕСПЧ определением критерия предсказуемости занялся ряд авторов, которые пришли к выводу, что предсказуемость должна быть *относительной* и *разумно необходимой*. Индивидуумы должны быть способны «оценить, насколько это разумно достижимо в данных обстоятельствах, последствия, которые повлечет за собой данное дей-

23 *Sunday Times v. United Kingdom*, см. выше, примечание 5, para. 49.

24 ECtHR, *K.-H.W.v. Germany*, Application No. 37201/97, 22 March 2001, para. 73; a contrario *Kokkinakis v. Greece*, см. выше, примечание 12, para. 40.

25 *Kokkinakis v. Greece*, см. выше, примечание 12, para. 40.

26 ECtHR, *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, Application No. 10890/84, 28 March 1990, para. 68.

27 ECtHR, *Pessino v. France*, Application No. 40403/02, 10 October 2006, para. 36. От противного: в этом деле Суд счел, что даже профессионалу, имеющему доступ к консультациям юриста, было невозможно предвидеть отмену судебного решения Апелляционным судом.

ствие»²⁸. Иными словами, это явное указание на то, что предсказуемость не может быть абсолютной. Ее надлежит оценивать для каждого конкретного случая. Как показал Зеруки, определение «разумно достижимая» следует толковать от противного: все, что неразумно, неожиданно или застает врасплох, не может считаться соответствующим критерию предсказуемости²⁹.

Отсюда следует, что толкование по аналогии в ущерб заявителю будет квалифицировано как неразумное³⁰. Неожиданный и неблагоприятный для обвиняемого разворот на 180 градусов при рассмотрении дела в суде должен считаться нарушением принципа законности. Такое решение воспринимается как логичное и уважающее личные свободы.

Однако все не так просто, как может показаться. Так, могут сложиться обстоятельства, в которых внешние факты должны подсказать заявителю, что отмена судебного решения возможна и что деяние, которое не является преступлением и которое трудно представить себе в качестве преступления, тем не менее станет преступным в определенных обстоятельствах.

По-видимому, в этом отношении значение могут иметь два фактора. Прежде всего, Суд счел, что изменение обычаев и общественных установок может привести к признанию права, даже если нормы уголовного права создают обратное впечатление. Дело «С.В. против Соединенного Королевства» показательное в этом отношении: «Отказ от неприемлемой идеи о том, что муж пользуется иммунитетом от преследования за изнасилование своей жены, соответствовал не только цивилизованным представлениям о браке, но прежде всего главным целям Конвенции, сама суть которой заключается в уважении человеческого достоинства и свободы личности»³¹. В случаях, подобных данному, изменения в общественных установках, поскольку они соответствуют целям Конвенции (защита основных прав), ведут к определенной степени предсказуемости, как это предусматривает статья 7.

Во-вторых, ЕСПЧ высказывает мнение, что чем серьезнее правонарушение с объективной точки зрения, тем более гражданин должен ожидать, что преступление повлечет за собой наказание. Постановление, вынесенное по делу «Пессино против Франции»,

28 *Cantoni v. France*, см. выше, примечание 14, para. 35; *Sunday Times v. United Kingdom*, см. выше, примечание 5, para. 49.

29 Zerouki, см. выше, примечание 7, p. 311.

30 *Pessino v. France*, см. выше, примечание 27.

31 ECtHR, *S.W.v. United Kingdom*, Application No. 20166/92, 22 November 1995, para. 44.

содержит ссылку на дело «С.В. против Соединенного Королевства» и гласит: «Суд считает, что настоящий случай очевидным образом отличается от решений, вынесенных по делам «С.В. против Соединенного Королевства» и «С.Р. против Соединенного Королевства»... которые касались изнасилования и попытки изнасилования, совершенных двумя мужчинами в отношении своих жен. Суд отметил в своих постановлениях, [что] «унижающий по самой своей сути характер изнасилования [был] настолько очевиден, что криминализация таких деяний, совершенных мужьями в отношении своих жен, была предсказуема, и нельзя было сказать, что она «противоречит предмету и цели статьи 7 Конвенции...». Она «соответствовала... основным целям Конвенции, сама суть которой состоит в уважении человеческого достоинства и свободы личности»³².

Означает ли это, что внутригосударственный суд мог преследовать в уголовном порядке правонарушение, считающееся тяжким преступлением, и назначить наказание за него, не вступая в конфликт с критерием предсказуемости, как его понимает ЕСПЧ, даже если в законе нет соответствующего положения и лицо, совершившее соответствующее действие, было бы наказано произвольно? В свете вынесенных судебных постановлений мы склонны ответить на этот вопрос утвердительно, но все зависит от будущей судебной практики, поскольку вопрос о разумной предсказуемости в ЕСПЧ остается в известной мере неоднозначным и с трудом поддается категоризации. В деле «С.Р. против Соединенного Королевства» «Суд, по-видимому, придерживается мнения, что заявитель должен был предвидеть, что его поведение повлечет за собой судебное преследование и наказание, поскольку он не мог не знать, что его поступок является наказуемым — если не с юридической, то с моральной точки зрения»³³. Если это так, то не опасно ли увязывать право с моралью? В самом деле, у отдельных авторов такая увязка ассоциируется с правовыми системами некоторых диктаторских режимов³⁴.

Наконец, следует отметить, что принцип, установленный ЕСПЧ, запрещает толкование по аналогии *in malam partem*, то есть во вред обвиняемому. Это запрещение непосредственно связано с соблюдением принципа законности. Однако, как мы видели в приведенных выше

32 *Pessino v. France*, см. выше, примечание 27, para. 36.

33 Sébastien Van Drooghenbroeck, *Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1996, p. 475 (author's translation).

34 Zerouki, см. выше, примечание 7, p. 434.

делах³⁵, преобладающим критерием, подлежащим применению, является не исход, наносящий ущерб осужденному, а разумная предсказуемость, которая соответственно относится и к толкованию, данному судьей. Это подводит к заключению, согласно которому любое новое предсказуемое толкование должно соответствовать критериям необходимости и уважения принципа законности, а значит, и требованию юридической безопасности. Как писал об этом Зеруки, «если самой возможности нового юридического толкования достаточно для того, чтобы сделать последнее в разумной степени предсказуемым, цель безопасности будет достигнута не скоро»³⁶. В самом деле, в свете того, каким образом эта аргументация применяется Судом, может показаться позволительным упоминание в законе приговора к пожизненному тюремному заключению как наказания за любое нарушение закона, что сразу делает все приговоры предсказуемыми. Однако наряду с критерием законности применяются и другие критерии, в том числе и принцип необходимости.

Принцип необходимости, или принятие во внимание цели наказания

Вопрос о необходимости следует рассмотреть, несомненно, в рамках реакции на совершенное правонарушение, но прежде всего и главным образом в связи с целями, преследуемыми уголовной санкцией. Еще в 1874 г. Ж. Ж. Хаус писал, что «наказание защищает общество посредством оказываемого им воздействия, однако оно не может быть оправдано одной лишь полезностью; оно также должно быть необходимым, по-настоящему неизбежным средством защиты, ибо если бы общество могло достигнуть такого же результата посредством менее жестких мер, у него не было бы оснований прибегать к репрессивному правосудию»³⁷.

Необходимость определяется и на бытовом уровне, и в контексте, который нас интересует как нечто императивное, без чего нельзя обойтись, как обязанность. Однако какое суждение можно вынести об обязанности по отношению к *строгости* наказания? Это дели-

35 *S.W.v. United Kingdom*, см. выше, примечание 31.

36 Zerouki, см. выше, примечание 7, р. 433 (author's translation).

37 Jacques Joseph Haus, *Le fondement du droit de punir*, 1874; см. http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/les_sciences_juridiques/introduction/haus_fondement_punir.htm (последнее посещение 29 мая 2008 г.) (author's translation).

катный вопрос, и решение может быть только относительно «произвольным», особенно если необходимость определяется в абсолюте и не допускает никаких сравнений. Поэтому нам нужно обратиться к целям санкции, чтобы прояснить понятие необходимости.

В литературе, как правило, существует согласие относительно того, что уголовные санкции преследуют четыре основные цели: ресоциализация, сдерживание (или специальная профилактика), нейтрализация и общая профилактика. Рассматривать принцип необходимости следует не только через призму защиты общества (общая профилактика), но и в связи со специальной профилактикой. Что касается нейтрализации, ей соответствует принцип соразмерности, на котором мы более подробно остановимся ниже. В отношении общей профилактики мы просто укажем, что *ex hypothesi* и, как продемонстрировал профессор Робер, речь идет о принципе, «который невозможно научно доказать и... невозможно разобрать на части идеологически»³⁸. Ввиду невозможности рассмотреть остальные цели наказания в таком кратком обзоре мы оставим рассмотрение данной проблематики другим авторам, обладающим большим опытом, чем мы³⁹. Хотя в этой небольшой статье мы не будем рассматривать все последствия ресоциализации, нам кажется важным сосредоточить внимание на приговоре к пожизненному заключению, которое является наказанием за военные преступления, назначаемым во многих национальных правовых системах. Исходя из этого мы должны спросить себя, насколько это наказание совместимо с целью ресоциализации преступника.

Ресоциализация, несомненно, составляет одну из целей уголовных санкций, но она не может быть достигнута пожизненным заключением по той простой причине, что преступник уже никогда не будет свободно жить в обществе. В наши дни многие авторы рассматривают пожизненное заключение как разновидность пытки, как бесчеловечное и унижающее достоинство наказание и призывают к его отмене⁴⁰.

38 Christian-Nils Robert, «Le rôle de la sanction (dans l'approche intégrée de la justice et de la réconciliation)», in *Colloque à Sanremo: Justice et Réconciliation*, 7–9 September 2006 (unpublished, author's translation).

39 Christian-Nils Robert, *L'impératif sacré, Justice pénale au-delà de l'innocence et de la culpabilité*, ed. d'en bas, Lausanne, 1986; A.C. Berghuis, «La prévention générale: limites et possibilités», in *Les objectifs de la sanction pénale, en hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruylant, Brussels, 1989, pp. 23–68; Pierrette Poncela, *Droit de la Peine*, PUF, Paris, 1995.

40 Во Франции: Pierrette Poncela and Pierre Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, PUF, Paris, 1998, p. 178; в Германии это требование присутствует в программе Партии зеленых: *Fraktion Bündis 90/Grüne, Lebendig begraben, lebenslange Freiheitsstrafe und Resozialisierung, ein Dauerwiderspruch*, Bonn, 1991.

В любом случае в силу самой своей природы пожизненное заключение не может служить ресоциализации преступников. Как указывает П. Понсела, «все сходятся на том, что после примерно 15 лет тюрьмы личность начинает распадаться, и индивидуум уже не может быть включен ни в какой реинтеграционный проект»⁴¹. Более того, пожизненное заключение «убивает узника каждый день понемногу»⁴². Это наказание французская Конституционная ассамблея отменила в 1791 г., посчитав, что оно «хуже смерти»⁴³. Таким образом, у пожизненного заключения нет оправдания, особенно в рамках международной системы, ратующей за гуманистические ценности для каждого человека, будь он даже военным преступником или ответственным за геноцид. Более того, пожизненное заключение уже отменено в ряде европейских государств (Испания, Кипр, Норвегия и Португалия). Позволительно было надеяться, что ЕСПЧ поддержит эти гуманные и по сути новаторские инициативы. Хотя Суд и счел, что приговор к пожизненному заключению сам по себе не противоречит статье 3 Конвенции⁴⁴, он несколько раз выражал мнение, что вынесение в отношении совершеннолетнего лица приговора к пожизненному заключению без возможности условно-досрочного освобождения может создать определенные проблемы в связи со статьей 3⁴⁵. Более того, в своем постановлении от 28 июня 1999 г. по делу «Селмуни против Франции» Суд, интерпретируя статью 3, являющуюся важнейшим положением системы Конвенции, дал следующее ее толкование: «Вместе с ростом требований к стандартам в области защиты прав человека и основных свобод параллельно и неизбежно требуется и большая строгость в оценке нарушений основополагающих ценностей в демократических обществах»⁴⁶. Иначе говоря, можно было ожидать постановления, в котором пожизненное заключение было бы признано противоречащим статье 3 Конвенции. К сожалению, совсем недавно ЕСПЧ вынес решение, не оправдавшее этих надежд: приговор к пожизненному заключению без возможности условно-досрочного освобождения (в данном случае освобождение

41 Pierrette Poncela, «Perpétuité, sûreté perpétuelle: la peine de mort à petit feu, entretien accordé à Hommes et Libertés», *Revue de la ligue des droits de l'homme*, No. 116 (2001) (author's translation).

42 Ibid.

43 Ibid.

44 CEDH, *Sawoniuk v. Royaume-Uni*, Application No. 63716/00, Decision on admissibility, 29 May 2005.

45 CEDH, *Nivet v. France*, Application No. 44190/98, Decision on admissibility, 3 July 2001.

46 *Kafkaris v. Cyprus*, см. выше, примечание 3, частично несовпадающее мнение судей Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström and Spielmann, para. 101.

было возможно только в результате использования президентом своего права на помилование) не является нарушением статьи 3⁴⁷. И все же давайте не забывать о том, что данное решение было принято лишь незначительным большинством (10 голосов «за» и 7 «против»).

Необходимость применяется также в связи с принципами соразмерности и отсутствия обратной силы или, повторим еще раз, обратной силы *in mitius*. В том, что касается соразмерности, взаимосвязь очевидна: чтобы быть необходимым, наказание должно быть соразмерным. Относительно обратной силы можно сказать, что как только обвинение аннулируется или наказание смягчается, никакой необходимости в ней, естественно, нет, если даже допустить, что какая-то польза от нее теоретически могла быть.

Принцип соразмерности

Принцип соразмерности непосредственно связан с принципом необходимости и образует то, что Понсела называет «обоснованным смягчением»⁴⁸ наказания. Соразмерность следует рассматривать через отношение между преступлением и уголовной санкцией⁴⁹. Другими факторами, которые надлежит учитывать, являются вред «причиненный и ожидаемый», уголовное прошлое обвиняемого, если таковое имеется, а также любые смягчающие или отягчающие обстоятельства⁵⁰. Бентам высказал мнение, согласно которому «польза от наказания должна... перевешивать прибыль от преступления»⁵¹. И еще: чем более тяжким является преступление, тем серьезнее нужно обосновывать суровое наказание, посредством которого надеются его предупредить⁵². Соответственно, этот принцип занял существенное место в пенологии, хотя по очевидным причинам простая арифметика вряд ли поможет определить, какое наказание должно повлечь за собой то или иное преступление. В соответствии с этой теорией размер наказания определяется произвольно законом, который может применять различные критерии, такие, например, как тяжесть престу-

47 *Kafkaris v. Cyprus*, см. выше, примечание 3, para. 140.

48 Poncea, см. выше, примечание 39, p. 38.

49 Maurica Cusson, *Pourquoi punir?*, Dalloz, Paris, 1987, pp. 87–8.

50 *Ibid.*, pp. 157–69.

51 *Ibid.*, p. 170.

52 *Ibid.*, p. 171.

пления, вред, причиненный пострадавшим, но также отягчающие или смягчающие обстоятельства, связанные с лицом, совершившим преступление, и с самим преступлением.

Целый ряд критериев, связанных с соразмерностью, применяются ЕСПЧ. Соразмерность регулярно характеризуется как «целесообразные и адекватные меры», которые надлежит принять национальным властям⁵³. Несоразмерность определяется как неумеренная количественно, чрезмерная и необоснованная по своему характеру санкция по сравнению с преследуемой целью. В некоторых случаях Суд счел несоразмерными меры, которые можно было заменить другими решениями, связанными с меньшими ограничениями⁵⁴.

Наконец, в контексте законности, как она определяется в судебной практике ЕСПЧ (с использованием критериев предсказуемости, доступности и ясности), соразмерность становится ключевым понятием. В самом деле, поскольку «предсказуемость права» приобретает довольно необычные формы в плане предсказуемости его применения в прецедентном праве, для этой нормы и — мы бы сказали — для этого права становится необходимым соблюдение принципа соразмерности в части вызываемых последствий. Это особенно важно, когда речь идет о применении права через судебную практику. В своих различных решениях Суд применял принцип соразмерности при оценке прогнозируемого или «несостоявшегося» применения права внутригосударственными судами. Не вдаваясь снова в детали «предсказуемости» прецедентного права, о чем уже шла речь выше, следует помнить, что суды не должны стремиться идти дальше того, что разумно достижимо в обстоятельствах конкретного разбираемого дела⁵⁵, ибо цель суда состоит в том, чтобы «удовлетвориться... наличием адекватных и эффективных гарантий от злоупотреблений»⁵⁶ или от «произвольного вмешательства»⁵⁷.

Соразмерность прописана в самом тексте Конвенции, но она также вызвала к жизни обильную и разнообразную судебную практику. В большинстве случаев она проявляется в связи с делами, относящимися к статьям 8–11 Конвенции, гарантирующим право на защиту

53 ECtHR, *New Verlags GmbH & CoKG v. Austria*, Application No. 31457/96, 11 January 2000, para. 54.

54 ECtHR, *Informationsverein Lentia and others v. Austria*, applications No. 13914/88; 15041/89; 15717/89, 24 November 1993; para. 39.

55 *Barthold v. Germany*, см. выше, примечание 17, para. 48.

56 ECtHR, *Klass and others v. Germany*, Application No. 5029/71, 6 September 1978, para. 50.

57 ECtHR, *Kruslin v. France*, Application No. 11801/85, 24 April 1990, para. 30.

личной и семейной жизни, защиту жилища и переписки, а также право на свободу мысли, совести и религии, свободы самовыражения и свободы объединений.

Помимо этих различных прав, с которыми начала ассоциироваться соразмерность, ЕСПЧ имел возможность применить принцип соразмерности в уголовных делах в связи со статьей 3 Конвенции, которая запрещает бесчеловечные или унижающие достоинство обращение или наказания. Этот контекст представляет особый интерес, поскольку он очень тесно связан с темой нашего исследования. При этом необходимо подчеркнуть, что у юриспруденции Суда есть как бы две грани, что тоже нужно прояснить.

С одной стороны, существует и более старая судебная практика, исходящая из следующих соображений: Конвенция не признает как таковое право ставить под вопрос продолжительность срока наказания, законным образом назначенного компетентным судом⁵⁸. Далее, сам по себе тот факт, что правонарушение более сурово наказывается в одной стране, чем в другой, не может служить основанием для вывода о том, что имеет место бесчеловечное или унижающее человеческое достоинство наказание⁵⁹. Кроме того, ЕСПЧ пришел к выводу, что продолжительность назначенного срока лишения свободы может вызвать проблемы, связанные со статьей 3, только в самых исключительных случаях⁶⁰. Между этими двумя условиями уже появляется своего рода дихотомия, иногда в рамках одного и того же решения⁶¹. В самом деле, хотя подобные обстоятельства касаются преимущественно условий тюремного заключения, нет оснований считать, что они не могут вернуть нас к правонарушению, либо к обстоятельствам, существовавшим на момент его совершения, либо, наконец, к вынесенному приговору.

С другой стороны, в ряде своих недавних решений ЕСПЧ, по-видимому, уже оставляет место для оценки целесообразности срока уголовного наказания, хотя формулировка оснований для этого остается очень нечеткой.

Суд отмечает прежде всего, что лицо может испытать унижение в силу самого факта приговора к уголовному наказанию. Однако для целей статьи 3 важно, чтобы это лицо было унижено не про-

58 ECtHR, *X.v. United Kingdom* (inadmissible), Application No. 5871/71, 30 September 1974, p. 54.

59 ECtHR, unpublished, Application No. 11615/85, 10 December 1985.

60 ECtHR, *X.v. FRG* (inadmissible), Application No. 7057/75, 13 May 1976, p. 127.

61 ECtHR, *V.v. FRG*, Application No. 11017/84, 13 March 1986, p. 178.

сто самим фактом признания его виновным, а исполнением назначенного ему наказания. В самом деле, в большинстве, если не во всех, случаях это может быть одним из результатов наказания, назначенного судом, просто в силу необходимости подчиняться требованиям пенитенциарной системы.

Однако, как указал Суд в своем постановлении от 18 января 1978 г. по делу «Ирландия против Соединенного Королевства» (Ireland v. the United Kingdom, Series A no. 25, p. 65, para. 163), запрещение, содержащееся в статье 3 Конвенции, носит абсолютный характер: никакие исключения не предусматриваются, и, согласно статье 15 (2), от статьи 3 не может быть отступлений. Было бы абсурдным считать, что назначенное Судом наказание вообще, в силу обычно присутствующего в нем и, возможно, неизбежного элемента унижения, является «оскорбительным» по смыслу статьи 3. Здесь следует учитывать ряд дополнительных критериев. В самом деле, явным образом запрещая «бесчеловечные» и «унижающие достоинство» наказания, статья 3 подразумевает, что существует различие между такими наказаниями и наказанием вообще.

По мнению Суда, для того чтобы наказание было «унижающим достоинство» и нарушало бы статью 3, унижение, присутствующее в наказании, должно достигать какого-то особого уровня и, во всяком случае, отличаться от обычного элемента унижения, о котором говорилось в предыдущем абзаце. Оценка производится, исходя из природы вещей и, в частности, в зависимости от «характера» и «контекста» самого наказания, а также порядка и метода его исполнения⁶².

Далее, в постановлении по делу Сёринга, в связи со смертным приговором и синдромом «камеры смертников», жертвой которых осужденный мог стать в случае его экстрадиции в США, ЕСПЧ заявил следующее:

«Это не означает, однако, что обстоятельства, связанные с приговором к смертной казни, никогда не могут вызвать спорных вопросов в свете статьи 3. То, как этот приговор выносится и исполняется, личные обстоятельства осужденного лица

62 ECtHR, *Tyrer v. United Kingdom*, Application No. 5856/72, 25 April 1978, para. 30 (курсив автора).

и *несоразмерность наказания тяжести совершенного преступления*, равно как и условия содержания в местах лишения свободы, могут служить примерами факторов, способных подвести наказание, назначенное осужденному лицу, под запрещение статьи 3⁶³».

Наконец, в связи с применением статьи 10 (свобода самовыражения) Суду также пришлось прибегать к принципу соразмерности и в некоторых случаях даже осуждать то или иное государство за назначение наказания, которое, по мнению Суда, было несоразмерно преследуемой законной цели. Так, в деле Торгейра Торгейрсона судьи из Страсбурга сочли, что «аргументы, выдвинутые правительством, недостаточны для того, чтобы доказать, что вмешательство (уголовные санкции), ставшее предметом жалобы, было соразмерно преследуемой законной цели»⁶⁴.

ЕСПЧ уделяет особое внимание соразмерности, которая должна соблюдаться законодательством, и порядку применения этого принципа компетентными инстанциями. Пожизненное заключение, рассматриваемое в контексте принципа необходимости, следовало бы проанализировать в свете принципа соразмерности, и тогда окажется, что оно не соответствует указанным принципам, каким бы ни было совершенное преступление.

Принцип отсутствия обратной силы *in mitius*

Принципы отсутствия обратной силы и обратной силы *in mitius* непосредственно связаны с критерием предсказуемости, поскольку его применение выступает как прямая их производная. Действительно, предсказуемость требует, чтобы закон не применялся к действиям, совершенным до его вступления в силу. Критерий предсказуемости, как он определен выше, должен получить конкретное выражение в законодательной и судебной практике. А теперь посмотрим на явно выраженное в уголовном праве запрещение наделять закон обратной силой, а затем на законность или незаконность обратной силы *in mitius*.

63 ECtHR, *Soering v. United Kingdom*, Application No. 14038/88, 7 July 1989, para. 104 (курсив автора).

64 ECtHR, *Thorgeir Thorgeirsson v. Iceland*, Application No. 13778/88, 25 June 1992, para. 69.

Применяя Конвенцию в целом и статью 7 (1) в частности, ЕСПЧ явным образом устанавливает запрещение обратной силы. Однако при этом необходимо проводить различие между двумя формами «обратной силы»: «прямой» обратной силы, которая соответствует вступлению нового закона в силу после совершения соответствующего правонарушения, и «косвенной» формы, которая относится к толкованию закона.

Что касается последнего, как указывалось выше, ЕСПЧ просто использует разные формулировки принципа отсутствия обратной силы, подтверждая незыблемость этого принципа права⁶⁵. Следовательно, когда закон пытаются наделить обратной силой, Суд видит в этом нарушение статьи 7 (1)⁶⁶. При этом, хотя определенная степень обратной силы может появиться в результате толкования законов, Суд настаивал на необходимости следовать критериям, чтобы такое толкование не стало просто синонимом обратной силы. Нет необходимости возвращаться к различным критериям, которые мы рассматривали выше в связи с принципом предсказуемости.

Далее, установленный принцип отсутствия обратной силы допускает лишь одно возможное отклонение: обратную силу *in mitius*, в соответствии с которым закон, по-видимому, может применяться с обратной силой при условии, что он менее строг, чем тот, который действовал на момент совершения правонарушения⁶⁷. В этой связи ЕСПЧ признал неприемлемыми жалобы заявителей, которые доказывали, что принцип отсутствия обратной силы был нарушен приговорами к пожизненному заключению в тех случаях, когда за совершенные преступления действовавшие тогда законы предусматривали только смертную казнь. Суд счел, что пожизненное заключение является более мягким наказанием, чем смертная казнь⁶⁸.

Таким образом, менее строгий закон может быть наделен обратной силой и стать отступлением от принципа отсутствия обратной силы, принятого в уголовном праве. Следовательно, принцип *lex mitior*

65 ECtHR, *Kokkinakis v. Greece*, см. выше, примечание 12, para. 52; K.-H.W.v. Germany, см. выше, примечание 24, para. 45; ECtHR, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, applications No. 34044/96, 35532/97, 44801/98; and K.-H.W.v. Germany, Application No. 37201/97, 22 March 2001, para. 50.

66 ECtHR, *Jamil v. France*, Application No. 15917/89, 8 June 1995, para. 35.

67 *Kokkinakis v. Greece*, см. выше, примечание 12, para. 52; Convention, *G.v. France*, Application No. 15312/89 (Lack of jurisdiction), judgment of 27 September 1995, para. 26.

68 ECtHR, *Karmo v. Bulgaria*, Application No. 76965/01, Decision on admissibility, 9 February 2006; *Ivanov v. Bulgaria*, Application No. 76942/01, Decision on admissibility, 5 January 2006.

был признан на европейском уровне, равно как и на международном, статьей 15 (1) Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г.

Заключение

Предпринятый нами краткий обзор критериев, которым должно удовлетворять право, показывает, что данные критерии представляют собой главные гарантии соблюдения основных свобод.

Если следовать судебной практике ЕСПЧ, принцип законности предполагает обеспечение того, чтобы право характеризовалось ясностью, доступностью и предсказуемостью. Принципы необходимости и соразмерности носят более ограниченный характер и подлежат более казуистическому анализу, хотя их соблюдение обязательно в уголовном праве. Наконец, обратная сила категорически запрещена, если ее возможно обратить во вред обвиняемому, но может и даже должна применяться, если это идет ему на пользу.

Следует быть признательным ЕСПЧ за то, что он детально проработал различные критерии, присущие уголовному праву. Однако его судебная практика создает ощущение, что он начинает давать некоторым из этих критериев толкование, которое воспринимается как отход от свобод личности, которые он как раз призван защищать. Эта опасность может быть проиллюстрирована двумя примерами. Первый касается необходимости для гражданина обращаться за «соответствующими консультациями» к юристу. Если развить его логически, то получится, что «человеку с улицы» не нужно понимать право. Однако важно, чтобы этот критерий не толковался слишком широко. Вторым примером является определение предсказуемости. И здесь, если не предусмотреть специальные ограничители, любая фраза может быть представлена как предсказуемая — либо потому, что она содержится в законе в широком понимании этого слова, либо в силу необходимости идти в ногу с развитием общества. Этот пример показывает, что критерии, свойственные уголовному праву, должны быть четко сформулированы, чтобы судебное преследование и наказание преступников, в том числе и военных преступников, остались бы подчинены основополагающим гарантиям.