

Южнокавказский Юридический Журнал

06/2015

Проблемы Уголовного Права и
Уголовно-Процессуального Права

South Caucasus Law Journal

06/2015

Problems of Criminal Law and
Criminal Procedural Law

Руководитель редакционной коллегии
Норберт Бернсдорфф

Head of the Editorial Board
Norbert Bernsdorff

Редакционная коллегия
Нарине Алексанян, Анаит Манасян,
Тарон Симонян, Иракли Бурдули, Паата Турава,
Лия Шатберашвили, Елена Филеева

Members of the Editorial board
Narine Aleksanyan, Anahit Manasyan,
Taron Simonyan, Irakli Burduli, Paata Turava,
Lia Shatberashvili, Elena Fileeva

Переводчики русского текста
Гуранда Джачвлиани, Нино Рухадзе, Лаша Каландадзе

Translators of Russian text
Guranda Jachvliani, Nino Rukhadze, Lasha Kalandadze

Переводчик английского текста
Додо Кобиашвили

Translator of English text
Dodo Kobiasvili

Корректор русского текста
Георгий Шатберашвили

Proof-reader of Russian text
Giorgi Shatberashvili

Корректор английского текста
Ви́крам Ко́на

Proof-reader of English text
Vikram Kona

Координатор журнала
Наталия бурдули

Coordinator of the Journal
Natalia Burduli

Журнал публикуется при содействии Немецкого Общества по Международному Сотрудничеству (GiZ) и Тбилисского Государственного Университета. Взгляды, выводы и комментарии, приведенные в статьях, не должны быть поняты как мнение Немецкого Общества по Международному Сотрудничеству (GiZ) или как мнение Тбилисского Государственного Университета.

The Journal is published with support of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GiZ) and Ivane Javakishvili Tbilisi State University. Findings, conclusions and comments made in the Journal do not reflect neither the opinion of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GiZ), nor the opinion of Ivane Javakishvili Tbilisi State University (TSU)

© Немецкое Общества по Международному Сотрудничеству (GiZ), 2015
© Авторы статей, 2015
© Снимок на обложке: Jacques Descloitres

© Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GiZ), 2015
© Authors, 2015
© Picture on the cover: Jacques Descloitres

Электронную версию данного журнала можно найти на сайте: lawlibrary.info/ge

The online version of the Journal is available on the website: lawlibrary.info/ge

Эл. Почта: natali.burduli@gmail.com

Email: natali.burduli@gmail.com

ISSN 2298-0490



giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GiZ) GmbH



Содержание

Contents

От редактора	5	Editorial	5
Статьи		Articles	
• Тамар Гегелия (Грузия) <i>К вопросу о наказуемости генеральной подготовки преступления (сравнительно-правовой анализ)</i>	7	• Tamar Gegelia (Georgia) <i>Punishability of General Preparation of Crime (Comparative Legal Analysis)</i>	168
• Тамар Беришвили (Грузия) <i>Об общей дефиниции коррупции (Грузинское и Немецкое видение)</i>	20	• Tamar Berishvili (Georgia) <i>Common Definition of Corruption (Georgian and German perspective)</i>	180
• Сергей Аракелян (Армения) <i>Некоторые проблемы совершенствования законодательства, устанавливающего ответственность за преступления, направленные против жизни человека</i>	30	• Sergey Arakelyan (Armenia) <i>Few Fundamental Issues Concerning the Improvement of Legislation Defining Liability for Crimes against Human Life</i>	189
• Армен Кинактыан (Армения) <i>Понятие и уголовно-правовая характеристика киберпреступлений по законодательству Республики Армения</i>	39	• Armen Kinaktsyan (Armenia) <i>The Concept and Criminal Legal Description of Cybercrimes According to the Legislation of the Republic of Armenia</i>	196
• Кетеван Буадзе (Грузия) <i>Содержит ли статья 218 Уголовного Кодекса Грузии риск двойного наказания?</i>	45	• Ketevan Buadze (Georgia) <i>Does Article 218 of the Criminal Code of Georgia Bear a Risk of Double Jeopardy?</i>	201
• Анна Вардапетян (Армения) <i>Особенности уголовно-правовой квалификации в Республике Армения преступлений, направленных против достоинства, жизни и здоровья человека, совершаемых в сфере трансплантации органов и (или) тканей человека</i>	52	• Anna Vardapetyan (Armenia) <i>The Peculiarities of Criminal Legal Qualification of Crimes Against Human Dignity, Life and Health Committed in the Area of Transplantation of Human Organs and (or) Tissues in the Republic of Armenia</i>	207
• Арам Вардеванян (Армения) <i>Некоторые проблемы, относящиеся к институту срока давности, предусмотренному армянским и иностранными уголовными законодательствами</i>	61	• Aram Vardevanyan (Armenia) <i>Certain Issues with Respect to the Institution of Statute of Limitations Prescribed by Armenian and Foreign Criminal Legislations</i>	214
• Тигран Симонян (Армения) <i>Тенденции и структура преступности молодежи в Республике Армения</i>	65	• Tigran Simonyan (Armenia) <i>The Tendencies and Structure of Youth Crime in the Republic of Armenia</i>	218
• Темур Ццитишвили (Грузия) <i>Значение прошлой судимости для определения пропорционального наказания</i>	77	• Temur Tskitishvili (Georgia) <i>Significance of a Defendant's Previous Convictions for Proportionate Sentencing</i>	229
• Гайк Саргсян (Армения) <i>Проблема обеспечения права обвиняемого на защиту при изменении обвинения, предъявленного обвиняемому судом по приговору</i>	85	• Hayk Sargsyan (Armenia) <i>The Issue of Safeguarding the Right of the Accused to Defense in Case of Changing the Accusation by the Court</i>	236
• Норберт Бернсдорфф (Германия) <i>Оценка свидетелей во время судебного разбирательства по уголовным делам: достоверность лица и заслуживающие доверие свидетельские показания</i>	93	• Norbert Bernsdorff (Germany) <i>Evaluation of Witnesses during Court Proceedings in Criminal Matters: Trustworthiness of the Person and Credibility of Witness Testimony</i>	244

- **გიორგი Табатадзе (Грузия)**
Процедура перевеса презумпции невиновности и тяжесть бремени в демократическом законодательстве 98
- **Giorgi Tabatadze (Georgia)**
Presumption of Innocence and Burden of Proof in Democratic Legislation 249
- **Йенс Йоханнес Деппе (Германия)**
Умеренное наказание – лучший путь к ресоциализации 106
- **Jens Deppe (Germany)**
Moderate Sentencing – A Better Way to Re-socialization 257
- **Гиви Миканадзе (Грузия)**
Новые вызовы в системе условно-досрочного освобождения в Европе 119
- **Givi Mikanadze (Georgia)**
Recent Challenges to the Parole System in Europe 269
- **Ушанги Бахтадзе (Грузия)**
Исследование проблемы насилия подростков над родителями 126
- **Ushangi Bakhtadze (Georgia)**
Investigating Adolescent Violence towards Parents 275

Обзор судебной практики

- **Норберт Бернсдорфф (Германия)**
Обзор судебной практики Европейского суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб против Азербайджана, Армении и Грузии за 2014 г. (Период подотчетности: 01.01.2014 – 31.12.2014) 133
- **Майя Квирикашвили (Грузия)**
Осуществление правосудия по фактам насилия в семье (Обзор Судебной Практики 2015 года) 136
- **Нелли Аракелян (Армения)**
Правовые гарантии защиты права собственности в прецедентном праве Конституционного Суда Республики Армения 142
- **Эдгар Шатирян (Армения)**
Судебная практика, сформировавшаяся в Республике Армения в связи с процессуальной правосубъектностью общественных организаций 148
- **Нино Киласония (Грузия)**
Трансформация искового требования в административном процессе Судебная практика в 2009-2015 гг. 153

Комментарии к судебным решениям

- **Автандил Кахниашвили (Грузия)**
Проблема доступности приговора на примере рассмотренного судом Грузии административного дела (№3/704-12) 157
- **Коба Каличава (Грузия)**
Правовой анализ Определения №2/2/410 Конституционного суда Грузии от 7 февраля 2007 года 164

Рецензия

- **Анаит Манасян**
Конституционный контроль (Учебное пособие) Ереван, изд. «ԻՐԱՎՈՒՆԳ» (“Право”), 2015, ISBN 99930-66-18-04 312

Case Law Review

- **Norbert Bernsdorff (Germany)**
Report on the Practice of the European Court of Human Rights on Individual Complaints against Azerbaijan, Armenia And Georgia in 2014 (Reporting Period: 01.01.2014 – 31.12.2014) 281
- **Maia Kvirikashvili (Georgia)**
Execution of Justice in Domestic Violence Cases (Review of Court Practice in 2015) 283
- **Nelly Arakelyan (Armenia)**
The Legal Safeguards of the Protection of the Right to Property in the Case Law of the Constitutional Court of the Republic of Armenia 288
- **Edgar Shatiryan (Armenia)**
The Judicial Practice of the Republic of Armenia on NGOs' Legal Standing before the Court 293
- **Nino Kilasonia (Georgia)**
Rephrasing a Claim in an Administrative Procedure; (Court Practice between 2009-2015) 297

Comments on Court Decisions

- **Avtandil Kakhniashvili (Georgia)**
The Problem Pertaining to Access to a Court Judgment Analysis of the decision (administrative case N3/704-12) considered by a court of Georgia 301
- **Koba Kalichava (Georgia)**
Legal Analysis of the Ruling №2/1/410, 7 February 2007, of the Constitutional Court of Georgia 308

Book recommendation

- **Anahit Manasyan**
Constitutional review (Textbook) Yerevan, “Irvunq”, 2015, ISBN 99930-66-18-04 312

От редактора

После объемного пятого издания Южно-кавказского юридического журнала с определенной задержкой выходит в свет шестое издание, затрагивающее, в первую очередь, темы материального уголовного и уголовно-процессуального права.

В основу шестого издания также положена концепция регионального юридического отраслевого журнала, стратегически ориентированная на углубление трансграничного и межрегионального профессионального диалога между юристами-представителями разных областей юриспруденции. На это ориентированы основные акценты журнала, а также авторы и целевые группы (читатели). К сожалению, в настоящем издании отсутствует активная поддержка наших азербайджанских коллег, как членов редакционной группы, так и азербайджанских авторов. Они наверняка имеют веские на то основания. Однако редакционная группа настроена оптимистически и надеется, что Азербайджан снова присоединится к нам во время работы над следующим, седьмым изданием. Ибо значение информации из Азербайджана для юридического журнала трудно переоценить.

Уголовное право и уголовно-процессуальное право прошли времена злоупотребления ими. Поэтому юристы постоянно должны помнить следующее: уголовное право имеет двойную, порой противоречащую функцию. С одной стороны, необходимо содействовать успешной и действенной борьбе с преступностью, а с другой стороны, постоянно соблюдать требованиями и принципы человечности и гуманности. То же самое касается и уголовно-процессуального права в качестве внедрения материального уголовного права в жизнь. Любой юрист должен хорошо осознавать эту двойную функцию.

Рубрикой «Проблемы уголовного права и уголовно-процессуального права» шестое издание охватывает очень широкий спектр вопросов материального уголовного права, таких как величина меры наказаний, вопросы из области уголовно-процессуального права вплоть до исполнения наказаний и криминологии. Современные темы, такие как борьба с коррупцией (Беришвили), киберпреступность (Кинакцян) и наказуемость торговли человеческими органами (Вардапетян) рассматриваются наряду с уже упомянутыми основными принципами процессуального права, такими как презумпция невиновности (Табатадзе), права

Editorial

The sixth issue of the South Caucasus Law Journal, mainly focusing on the aspects of substantive criminal law and criminal procedure law, comes out with a certain delay following the bulky fifth issue.

The sixth issue is based on the concept of a regional trade journal (yearbook), strategically oriented at promoting transboundary and regional dialogue between lawyers engaged in the performance of different public duties. The key conceptual accents of the Law Journal, as well as its authors and target groups (readers), are also oriented towards this. Unfortunately, the sixth issue comes without the support of our Azerbaijani colleagues – the editorial members and authors. We believe they have strong reasons for their non-participation, but our editorial group optimistically hopes to see our Azerbaijani colleagues working with us on the seventh edition, as the Law Journal depends, among others, on the Azerbaijani perspective too.

Criminal law and criminal procedure law have gone through times of corruption. Therefore, lawyers should keep in mind that criminal law has a dual function, sometimes of contradictory nature. On one hand, it should promote successful and efficient crime prevention, and on the other, it should always keep in line with the requirements and principles of humanity. The same pertains to criminal procedure law in terms of practical application of substantive criminal law. All lawyers should have a clear idea of this dual function.

The “Criminal Law and Criminal Procedure Law Issues” column in the sixth issue covers a wide range of issues of substantive criminal law, including severity of punishment, issues of criminal procedure law, execution of sentences, and criminal science. It also includes up-to-date topics, such as anti-corruption efforts (Berishvili), cybercrime (Kinaktsyan) and liability for trade in human organs (Vardapetyan), as well as procedural law principles like presumption of innocence (Tabatadze), rights of defendant

защиты подсудимого (Саргсян), а также вопросы развития преступности (Бахтадзе, Симонян). Ожидания читателей не будут обмануты также и в рубриках «Обзор судебной практики» и «Комментарии к судебным решениям». Следует выделить статьи Квирикашвили, Шатирияна и Каличава. В фокусе статей также наблюдаются новые тенденции развития права, такие как, например, стремления к реформированию Уголовного кодекса Армении или же грузинской системы УДО. По данным вопросам в шестом издании Юридического журнала представляются конкретные предложения.

Здесь же стоит упомянуть, что уже началась подготовка к седьмому изданию 2016 года. В ноябре 2015 г. на совещании редакции Южно-кавказского юридического Журнала была утверждена следующая тема: «Гражданские кодексы в развитии». Данное издание будет посвящено существующей ситуации и предложениям по реформе гражданских кодексов, рассматривая историческое развитие и структуру существующего писаного права и открывая перспективу с точки зрения законодательства, практики и доктрины. Имея целью причислить Южно-кавказский юридический Журнал к индексу национального и международного научных каталогов, предложенная тема может охватить также и имплементацию международных/европейских стандартов в национальное гражданское право.

Как и все предыдущие издания журнала, также и это издание выходит при логистической и финансовой поддержке Программы правовых реформ GIZ, которая с 2015 года называется «Правовое сближение с европейскими стандартами в Южном Кавказе» в соответствии с расширением профиля проекта и его все более определенной ориентации на внедрение международных и европейских стандартов в праве стран Южного Кавказа.

Др. Томас Майер,

Руководитель Программы GIZ,
«Правовое сближение с европейскими
стандартами в Южном Кавказе»,
Тбилиси, Грузия

Др. Норберт Бернсдорфф,

Судья Федерального суда по социальным вопросам,
Профессор юридического факультета,
Марбургский университет имени Филиппа,
Кассель/Марбург, ФРГ

(Sargsyan), and crime development (Bakhtadze, and Simonyan). Readers' expectations are also met in "Judicial Review" and "Notes on Judicial Decisions" columns. Articles by Kvirikashvili, Shatiryan and Kalichava deserve special mention. These articles are focused on new legal developments, including the drive to reform the Criminal Code in Armenia and the probation system in Georgia. The sixth issue contains a number of incentive proposals in this regard.

NB: Preparation of the seventh issue (2016) is underway. The South Caucasus Law Journal meeting in November 2015 approved the following title for the seventh issue: "Civil Codes in Transition". The issue will be dedicated to the status and reformatory proposals related to civil codes, addressing their historical development, existing written legal structure and opening prospects from the point of view of legislation, practice and doctrine. Aiming to include the South Caucasus Law Journal in the national and international reference lists, the proposed topic may also cover implementation of international/European standards in the national civil law.

Like all previous issues of the magazine, this issue has been released with logistical and financial support from GIZ Legal Reform Program, that changed its title in 2015 to "Legal Approximation towards European Standards in the South Caucasus" in connection with expansion of the project profile and its more definite orientation at introduction of international and European standards in the legislation of the South Caucasian countries.

Dr. Thomas Mayer

GIZ Program Director,
Legal Approximation towards
European Standards in the South Caucasus,
Tbilisi, Georgia

Dr. Norbert Bernsdorff

Judge of Federal Court,
Professor of the Faculty of Law,
Philipps-Universität,
Kassel/Marburg, Germany

Тамар Гегелия¹

К вопросу о наказуемости генеральной подготовки преступления (сравнительно-правовой анализ)

I. Вступление

В данной статье речь пойдет о подготовке преступления, его месте в современном уголовном праве и о перспективе сохранения его наказуемости как стадии развития преступления.

Для целей исследования подготовка будет противопоставлена, с одной стороны, с проявлением намерения, а, с другой стороны, с попыткой преступления (на примере как национальных, так и зарубежных стран) и с этой точки зрения подготовка будет представлена как деяние, достойное криминализации.

Цель статьи – показать технический характер удаления генеральной подготовки из закона и ее предумышленного специальным составом, что не имеет ничего общего с правовым регулированием вопроса. Для целей статьи будут рассмотрены и подвергнуты критике криминализованные законодательствами зарубежных стран различные виды неоконченного преступления такие как: конспирация (conspiracy), безрезультатный призыв к совершению преступления (solicitation) и широкое определение попытки.

Статья опирается на исторические, формально-логические, догматические, сравнительно-правовые методы обобщения судебной практики, а также на другие методы исследования.

II. Пути криминализации подготовки преступления

Несмотря на то, что либеральное право признает превосходство свободы и автономии индивида в сравнении со всеобщей безопасностью,² мы видим, что с течением времени при столкновении этих двух благ, государство своими действиями демонстрирует

обратное.³ Ярким примером вмешательства в свободу личности и приоритетности общественной безопасности является то, что почти во всех передовых государствах даже простое проявление намерения криминализовано как оконченное преступление, например, составы коррупционных, военных и террористических преступлений, а также различные виды неоконченного преступления, в том числе попытка, подготовка, конспирация (conspiracy), призыв к совершению преступления (incitement/solicitation) и др.

Для уголовно-правового законодательства всех развитых государств с континентальной и англо-американской правовой системой характерна генеральная наказуемость попытки преступления.⁴ Нельзя аналогично сказать о подготовке деяния, в этом смысле существует только несколько исключений, в том числе и законодательство уголовного права Грузии.⁵

Существует два пути наказуемости подготовки преступления: генеральный⁶ и специальный.⁷ Первый подразумевает криминализацию подготовки к стадии развития преступления. В случае пресечения деяния на стадии подготовки применяются две статьи, предусмотренные общей и особенной частью уголовного-правового кодекса, общей, которая предусматривает наказуемость подготовки, и специальной, которая предусматривает состав того деяния, на совершение которого было направлено подготовительное деяние. Второй путь криминализации подразумевает создание отдельных составов в виде урезанных

³ См. Андраш Шайо, «От Обороноспособной демократии до превентивного государства?» *Обозрение конституционного права* 1(2009) 76-102; Gabriel Hallevy, "NATIONAL SECURITY UNDER LIBERAL SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW – WHEN DO NATIONAL SECURITY ISSUES BECOME CRIMINAL?", *Creighton International and Comparative Law Journal* 1, vol 3 (Creighton University School of Law, Fall 2012), 1-30.

⁴ В этом отношении исключением являются законы нескольких штатов, в частности Айовы, Мэриленда, Северной Каролины, и Род-Айленда, где предусмотрены не общие, а специальные составы попытки, такие как: попытка убийства, попытка изнасилования, попытка отравления и др. Хотя в большинстве перечисленных штатов попытка карается и генерально в рамках судебного права. Об этом более подробно см. Michael Cahill, *Attempt by omission* (Brooklyn: Brooklyn Law School, 2009), 1223, сноска 62.

⁵ Генеральная наказуемость подготовки преступления предусматривается в ряде стран Европы и Азии, в том числе Китайская Народная Республика (Уголовный Кодекс от 1 января 1980 г., секция 2, статья 19); Литовская Республика (Уголовный Кодекс от 26 сентября 2000 г., статья 21); Венгерская Республика (Уголовный Кодекс 2012 года, секция 11) и др.

⁶ К. Гедрих, Наказуемость подготовки преступления в грузинском уголовном праве с предумышленным немецкого учения о попытке преступления, *Наука уголовного права в процессе единого европейского развития*, Сборник научного симпозиума уголовного права, ред. М. Турава (Тбилиси, 2013), 89.

⁷ Здесь подразумеваются не только *delictum sui generis*, но и другие виды неоконченного преступления, которые будут рассмотрены в предлагаемой статье.

¹ Докторант Школы Права Кавказского Университета. Автор благодарит Каху Цикаришвили и Бачану Джишкариани за ценные комментарии.

² John Hasnas. "Attempt, Preparation, and Harm: The Case of the Jealous Ex-Husband". *Ohio State Journal of Criminal Law* 9 (2012) 762. Более детально см. John Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition (Harvard University Press, 1999).

деликтов (*delictum sui generis*), которые, в отличие от генерального определения, будут помещены в особенной части уголовно-правового закона, а также создание отдельных видов неоконченного преступления (*conspiracy, solicitation*), которые направлены на деяния, предусмотренные в особенной части.⁸

Грузия предусматривает генеральную дефиницию подготовки, а большинство стран, в том числе и те страны, которые будут приведены в статье для сравнительного анализа (Германия, Англия и США), предусматривают специальную наказуемость подготовки.⁹

Нужно отметить, что ни одно из названных государств – Грузия, США, Англия, Германия – не видят проблему в наказуемости неоконченного преступления. Некоторые под неоконченным преступлением подразумевают конспирацию (*conspiracy*), некоторые – безрезультатный призыв к совершению преступления (*solicitation*) и попытку, а некоторые подразумевают подготовку, но главное, что их объединяет, и что является целью криминализации – защита блага с раннего этапа и превенция преступления – эта цель для всех в равной степени важна и приемлема. Разногласие и спор вызывает содержание отдельных видов неоконченного преступления, их соответствие с «предсказуемостью» и «определенностью» закона.

Генеральная наказуемость подготовки преступления предусмотрена статьей 18 Уголовного Кодекса Грузии (в дальнейшем УКГ). Подготовка преступления в действующем законодательстве Грузии 1999 года претерпела ряд изменений, что коснулось лишь границ ответственности, а не ее материального содержания. УК 1999 года, вступивший в силу в 2000 году, изначально предусматривал ответственность лишь за подготовку особо тяжкого преступления, а в 2006 году под влиянием уголовно-правовой политики т.н. «нулевой толерантности» была добавлена и наказуемость подготовки преступления тяжкой категории. Изменения 2008 и 2011 гг. еще больше расширили границы наказуемости подготовки, и к двум категориям преступления прибавилась подготовка преступления

менее тяжкой категории.¹⁰ Хотя в отличие от преступлений тяжкой и особо тяжкой категории лишь 10 составов менее тяжкого преступления караются на стадии подготовки, большинство из них – должностные преступления, и их криминализацию на ранней стадии законодатель объяснил задачами уголовно-правовой политики.¹¹ Примечательно, что по мере расширения границ ответственности за подготовку изменения вносились и в особенную часть УК, в частности, менялись законодательные конструкции тех деяний, превенция и строгое наказание которых на раннем этапе были продиктованы влиянием европейского уголовного права¹² и задачами национальной уголовно-правовой политики. Изменения особенно коснулись должностных преступлений, в том числе, получения взятки. Если до изменений для окончания состава этого преступления было необходимо получение взятки, то после изменений формальное окончание деяния сузилось до обещания получения и требования взятки,¹³ т.е. получение взятки осталось за пределами квалификации и даже простое проявление воли стало достаточным для формального окончания деяния. Отмеченное выше изменение 2008 года, касающееся генеральной наказуемости подготовки, указывает на то, что и стадия подготовки получения взятки стала наказуемой, что, в свою очередь, поставило под сомнение материальное содержание подготовки, так как конструкция оконченого преступления переместила подготовку на столь ранний этап, что сделало сомнительным её отнесимость к категории реальности.¹⁴

Согласно УК Грузии подготовкой деяния является намеренное создание условий для совершения преступления. То, что подразумевается под созданием условий для совершения преступления, на первый взгляд, согласовано и не является предметом научного спора. Как в грузинской, так и в иностранной юридической литературе бытует распространенное мнение о подготовительных деяниях, согласно которому они создают благоприятные условия для упрощения состава преступления и содействия ему, и что они находятся в большой отдаленности от исполнения преступления.¹⁵ Согласно этому мнению, подготовительные деяния разнообразны и их оценка зависит от

⁸ Наказуемость *solicitation* в ряде штатов США зависит от тяжести преступления. Напр., наказуется призыв к felonии, но не призыв к misdemeanor, хотя в остальных штатах в этом отношении нет ограничения. См. Joel Samaha, *Criminal Law*, ed. Linda Schreiber-Ganster, 10th Edition (Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2011), 264 и 266-267.

⁹ Термины „დაწამულის გენერალური მომზადება“ («генеральная подготовка преступления») и „მომზადების გენერალური დახჯადობა“ («специальная наказуемость подготовки») используются у Л. Харанаули и К. Гедриха. См. Л. Харанаули, диссертация: Наказуемость неоконченного преступления по грузинскому и немецкому уголовному праву (сравнительно-правовой анализ), руководитель Мераб Турава (Тбилиси: издательство Тбилисского Университета, 2013); и К. Гедрих, Наказуемость подготовки преступления в грузинском уголовном праве с предположением немецкого учения о попытке преступления, Наука уголовного права в процессе единого европейского развития, Сборник научного симпозиума уголовного права, ред. М. Турава (Тбилиси, 2013).

¹⁰ К. Гедрих (2013), 91-92; О. Гамкрелидзе, Неоконченное преступление, Проблемы уголовного права, том 3 (Тбилиси, Меридиани, 2013), 239-240.

¹¹ См. пояснительную записку к закону «О поправках и дополнениях в Уголовном кодексе» №403, 23 октября 2008 г.

¹² Напр. Конвенция Уголовного Права о Коррупции, ратифицирована постановлением №3956-რს от 14 декабря 2006 года.

¹³ См. статью 338 Уголовного Кодекса Грузии.

¹⁴ В Грузинском уголовном праве наказуемость неоконченного преступления объясняется категориями вероятности и опасности. Об этом см. Тинатин Церетели, Подготовка и попытка преступления (Тбилиси: Академия Наук Грузии, 1961), 89-90.

¹⁵ Иоганес Весселс и Вернер Бойлке, Общая часть уголовного права – преступление и его построение, ред. Иракли Двалидзе, пер. Зураб Арсенишвили (Тбилиси: изд. Тбилисского Университета, 2010), 348-349; Т. Церетели (1961), 90.

того, на совершение какого состава преступления они нацелены.¹⁶ В качестве примера подготовки состава убийства часто приводят приобретение оружия,¹⁷ изготовление оружия,¹⁸ починку и приведение оружия в готовность,¹⁹ а также отбытие к месту преступления²⁰ для совершения состава преступления, сбор нужной информации,²¹ безрезультатное подстрекательство,²² запасание яда с намерением убийства²³ и др.

В доктрине уголовного права, опираясь на вышеприведенные примеры, высказаны различные критические мнения о генеральной наказуемости подготовки деяния. В частности, незначительная общественная опасность,²⁴ большой разрыв между подготовительным деянием и ожидаемым результатом,²⁵ «неопределенность и неактуальность» подготовительных деяний, которые однозначно не в силах создать «реальный потенциал исполнения»²⁶ состава деяния, несовместимость с институтом добровольного отказа от совершения преступления,²⁷ неопределенность дефиниции подготовки и конфликт с гарантийной функцией закона,²⁸ также практическая ненаказуемость подготовки деяния и в этом смысле её бесполезность.²⁹ Хотя, некоторые

ученые в определённых случаях указывают на необходимость наказуемости подготовки из-за повышенной опасности, с одной стороны, из-за высокой ценности защищаемого блага³⁰ и, с другой стороны, из-за близости подготовительного деяния к попытке состава преступления.³¹ А часть ученых, из-за высокой ценности блага, требует создания специальных составов подготовки.³²

О том, насколько аргументированы их соображения при характеристике подготовки преступления и обоснования ее декриминализации, речь пойдет ниже.

Если относительно состава преступления убийства подготовительным деянием счесть приобретение огнестрельного оружия, точение холодного оружия, или отбытие к месту совершения деяния, то тогда высказанная выше критика (большой промежуток до воплощения состава преступления, малая вероятность реализации результата, незначительность деяния и др.) в адрес генеральной наказуемости подготовки покажется вполне справедливой. Но для определения сути подготовки преступления приведенные примеры ирелевантны.

В грузинской уголовно-правовой доктрине наказуемость неоконченного преступления объясняется категориями вероятности и опасности,³³ соответственно, и подготовку преступления нужно объяснить этими категориями.³⁴ С этим соглашается и уголовно-правовое законодательство Грузии.³⁵ Верно отметила Кетеван Мчедлишвили-Гедрих, что грузинское уголовное право не основывается на субъективной теории и для наглядности привела статьи 7 и 20 Уголовного Кодекса.³⁶ Согласно статье 7 УК, лишь социально опасные, причиняющие вред деяния, или деяния, создающие опасность нанесения подобного рода вреда, заслуживают уголовно-правового реагирования.³⁷ Таким образом, социальная опасность является необходимым признаком, который приво-

¹⁶ Отар Гамкрелидзе, Неоконченное преступление, т. 3, Проблемы уголовного права (Тбилиси: Меридиани, 2013), 237; Тинатин Церетели, 1961, 80; Иоганес Весселс и Вернер Бойлке, 348-349.

¹⁷ Тинатин Церетели, 1961, 80; Кетеван Мчедлишвили-Гедрих, Общая часть уголовного права: Отдельные Формы Проявления Преступления (Тбилиси: Меридиани, 2011), 34; Александр Квашилава, Общая часть уголовного права Грузии с комментариями, ред. Б. Салуквадзе, 2-ое переработанное издание (Тбилиси: Лета, 2009), 70.

¹⁸ Иракли Двалидзе, Неоконченное преступление, Общая часть Уголовного права (Тбилиси: издательство Тбилисского Университета, 2004), 153.

¹⁹ Борис Пурцхванидзе, Советское уголовное право – Общая часть (Тбилиси: Тбилисский Университет, 1971), 179.

²⁰ Иоганес Весселс и Вернер Бойлке, 357.

²¹ Малхаз Ломсадзе, Общая часть Уголовного права (с приложением тестов), ред. О. Гамкрелидзе (Ахалцихе: Ахалцихский Университет, 2013), 61.

²² Тинатин Церетели, 1961, 81.

²³ Капитон Квириквелия, Уголовное право: Общая часть, ред. Мераб Турава (Тбилиси: Право, 2004), 190.

²⁴ Тинатин Церетели, 1961, 90.

²⁵ Ibid. 90; Тинатин Церетели и Владимир Макашвили, «Некоторые вопросы уголовного права», журнал – Советское Право 1 (1957), 47-48; также Richard G. Singer & John Q. la Fond, Criminal Law, 5th edition (New York: Aspen Publishers, 2010), 310-311.

²⁶ Т. Церетели «Использование категории реальной вероятности для построения понятия попытки преступления» труды ТГУ, т. 14 (1942), 42.

²⁷ Мераб Турава, Уголовное право: Обзор общей части, редактор Лаврентий Маглакелидзе. 9-ое изд. (Тбилиси: Меридиани, 2013), 300; Тинатин Церетели, 1961, 91. RA. Duff, criminal attempts, ed. Andrew Ashworth (New York: Oxford University Press, 1996), 37. Хотя в названной монографии автор критикует широкое понимание попытки, т.н. тест первого акта и его отношение к добровольному отказу от совершения преступления.

²⁸ Церетели, 1961, 89-90; Леван Харанаули, диссертация: Наказуемость неоконченного преступления по грузинскому и немецкому уголовному праву (сравнительно-правовой анализ), руководитель Мераб Турава (Тбилиси: издательство Тбилисского Университета, 2013), 80; Michael Cahill (2009), 1247.

²⁹ Т. Церетели, Подготовка и попытка преступления, проблемы уголовного права, т. 1 (Тбилиси: Меридиани, 2007), 395; Л. Харанаули, 79.

³⁰ Церетели (1942) 42-43.

³¹ Т. Церетели (1961), 88; Отар Гамкрелидзе; Толкование уголовного кодекса: Общая часть, ред. Мераб Турава, второе дополненное издание (Тбилиси: 2010), 159.

³² Л. Харанаули, 79-80; Т. Церетели (1961), 93-97; Г. Ткешелиадзе «Труд о неоконченном преступлении», журнал Советское Право 4 (издательство Центрального Комитета Грузии, 1962) 87-91; Т. Церетели и В. Макашвили «Некоторые вопросы уголовного права», журнал Советское Право 1 (1957) 47-48.

³³ Т. Церетели «Применение категории реальной вероятности для построения понятия попытки преступления» Труды ТГУ, т. 14 (1942) 23-24; И. Двалидзе, 156; К. Мчедлишвили Гедрих (2011), 9-10.

³⁴ Наказуемость неоконченного преступления выдающийся американский ученый Дуглас Гусак объясняет категориями опасности и «риска» см. Douglas Husak, Overcriminalization – The Limits of the Criminal Law (Oxford & New York: Oxford University Press, 2008), 176.

³⁵ Гедрих (2011), 9.

³⁶ Ibid.

³⁷ О социальной опасности деяния и о толковании части 2 статьи 7 УК Грузии, см. Турава (2013), 70-71.

дит к криминализации деяния.³⁸ С этой точки зрения следует отметить статью 20 УК, которая «нереальную подготовку» и попытку относит к ряду деяний, не имеющих значения для уголовного права и запрещает уголовно-правовое реагирование на них. Таким образом, УК предусматривает социально опасные деяния, которые наносят вред защищенному благу или создают опасность возникновения вреда.

Следуя этим рассуждениям, наказуемые стадии неоконченного преступления – подготовка и попытка³⁹ должны быть объяснены категорией реальной вероятности и с учетом серьезности созданной опасности.

1. Генеральная подготовка преступления *Actus Reus*

Объективная сторона подготовки (*actus reus*) выражается в создании условий для совершения преступления. О том, что может считаться «созданием условий» для совершения преступления, существуют различные мнения. Большая часть ученых считает общие определения опасными, поскольку в условиях таких определений решение, считать или не считать деяние преступлением, будет, возможно, зависеть от прокуратуры, что нарушит принцип *nullum crimen sine lege*.⁴⁰

Понятие подготовки должно толковаться в свете ограничивающих уголовно-правовых принципов,⁴¹ которыми руководствуется законодатель при криминализации деяния, таких как: принцип законности, принцип права деяния, принцип виновной ответственности и многие др.⁴²

Нужно разделить высказанное в грузинской юридической литературе мнение, что следует характеризовать подготовку деяния «близостью с попыткой» состава преступления,⁴³ соответственно, приведенные выше примеры подготовки состава преступления противоречивы. Всего лишь приобретение оружия с намерением убить кого-то не удовлетворяет «тесту близости» и соответственно не создает характерной

для подготовки опасности.⁴⁴ Другое дело, когда лицо с оружием в руке минута на минуту ожидает появления потенциальной жертвы, чтобы выстрелить и убить ее.⁴⁵ В этом случае подготовка удовлетворяет законодательные требования, налицо деяние, имеющее потенциал порождения последствий, «близко стоящее к попытке» и, соответственно, создающее опасность для защищенного блага. В законодательном определении подготовки не случайно требование законодателя насчет того, что для оценки деяния как «подготовки» нужны «условия», т.е. совокупность действий, что лишней раз указывает на необходимость осмысления подготовки как реальной категории.⁴⁶

Криминализация подготовки обеспечивает защиту правового блага на более ранней стадии, чем окончательный состав. В литературе высказано разумное соображение о том, что ряд благ, исходя из их высокой ценности, заслуживают защиту на раннем этапе.⁴⁷ Например, создание террористической группировки, исходя из высокой общественной опасности, часто сформулировано в завершеном (или в незавершеном) виде в особенной части УК⁴⁸ (под влиянием европейского уголовного права).⁴⁹ Непонятно, чем отличается криминализация этого деяния в виде *delictum sui generis* от такого рода подхода, который с материальной точки зрения формулирует террористическое преступление в окончательном виде (например, связывает ее окончание с нападением на объект), а в отношении создания группировки, указывая на соответствующую статью общей части, наказывает за подготовку. Можно привести еще множество примеров для демонстрации опасности подготовки, например, приоткрывание комнатной двери потерпевшего с намерением убийства, дача ребенку обманчивым путем снотворного для приведения его в беззащитное состояние и впоследствии для установления с ним сексуального контакта; повреждение наблюдательных видеокамер супермаркета вооруженными лицами с целью ограбления супермаркета. Эти примеры

³⁸ Гурам Начкебия, Уголовно-правовые отношения и понятие преступления, ред. Нона Тодуа (Тбилиси: 2002), 18-20.

³⁹ 1 часть статьи 19 УК: «Попыткой преступления считается намеренное деяние, которое, хотя и было непосредственно направлено на совершение преступления, но преступление не было доведено до конца».

⁴⁰ Л. Харанаули, 77; Duff, 140. Автор в названном труде с точки зрения принципа законности критикует широкое определение попытки, которое стоит близко к подготовке преступления, так же, как и Майкл Кахилл, см. Michael Cahill, *Attempt by omission* (2009), 1247.

⁴¹ О значении ограничивающих принципов материального уголовного права при интерпретации генеральных клаузулов см. Н. Гвенетадзе и М. Турава, Методика принятия решений по уголовно-правовым делам, ред. Н. Дзидзигури (Тбилиси: Судейская Ассоциация Грузии, 2005) 48.

⁴² Г. Начкебия, 21-22. детально о принципах уголовного права см. Г. Начкебия, Уголовное право, Общая часть, ред. Иранли Двалидзе и Заур Начкебия (Тбилиси, Иновация, 2011), 79-104.

⁴³ К. Гедрих (2011), 31; О. Гамкрелидзе. 2010. 159.

⁴⁴ См. Тамар Гегелия, О подходах к вопросу о взаимоотношении проявления намерения и подготовки преступления в современном уголовном праве», *Правосудие и Закон* 4 (2013), 126-129.

⁴⁵ С этой точки зрения интересна практика Верховного Суда Грузии, где подготовкой убийства было оценено поджидание вооруженным лицом с целью убийства. См. определение 2к-16колл. – 04 от 20 января 2004 г. Палаты по уголовным делам Верховного суда Грузии.

⁴⁶ См. подробно Тамар Гегелия, 130; «О совокупности условий» заостряет внимание и Харанаули в диссертации. см. Харанаули, 56.

⁴⁷ М. Турава, 2013, 301; О. Гамкрелидзе, 2013, 240; Т. Церетели (1942), 42-43.

⁴⁸ Такими деяниями являются, например, предусмотренные УК-ом Грузии: членство в террористической организации, участие в деятельности террористической организации, создание или руководство террористической организацией (статья 327), проведение тренировок или инструктаж для осуществления террористической деятельности (статья 3302).

⁴⁹ Конвенция о Пресечении финансирования терроризма, принята резолюцией ООН от 9 Декабря 1999 года.

наглядно показывают необходимость криминализации этапа подготовки, которые еще не создают достаточного основания для квалификации этих деяний попыткой, но заслуживают реагирования. Хотя следует отметить, что ни одно из вышеперечисленных деяний не остается без реагирования в практике ни одного из тех государств, которые, правда, не признают наказуемости подготовки, но не отказываются использовать другие уголовно-правовые механизмы уже на раннем этапе, о чем речь пойдет ниже.

Что касается неопределенности дефиниции подготовки и ее несоответствия принципу законности, этот аргумент должен быть обращен не к подготовке вообще, а к законодательной дефиниции конкретной страны. В этом отношении возможен пересмотр статьи 18 Уголовного Кодекса Грузии и большая конкретизация слов «намеренное создание условий».

Из-за разнообразия предусмотренных законом составов преступлений невозможно описать детально те условия, в которых могут воплощаться подготовительные деяния преступления, поэтому для определения подготовки привнесение общей дефиниции вполне естественно. Не против общего определения и Дуглас Гусак, по его мнению, общее определение может быть настолько обширным, насколько это нужно для достижения той цели, из-за которой деяние было криминализовано в подобном виде, что должно являться единственным способом достижения легитимной цели.⁵⁰ Таким образом, в первую очередь, по его мнению, важно получить ответ именно на этот вопрос. Также интересно, что по мнению противника общих определений Кахиля (который видит в них опасность с точки зрения неоправданного ограничения прав человека), излишняя конкретизация также не является удовлетворительным решением, так как она может повлечь за собой перебор в законодательстве и усложнить для непрофессионала поиск запрещающей нормы и установления соответствия деяния с этой нормой.⁵¹ Похожей с Гусаком позиции в отношении широкого определения нормы придерживается и Европейский суд по правам человека (в дальнейшем – Суд). С этой точки зрения интересно дело Ашларба против Грузии.⁵² Истец обвинялся в «членстве воровского мира». Обвинение основывалось на статье 3 Закона об организованном преступлении и рэкрете, согласно которому «воровской мир» является «любимым единством лиц», функционирующим по ими установленным (признанным) правилам..., а член «воровского мира» определяется как «любое лицо, которое признает воровской мир и активно действует для осуществления целей

воровского мира». По словам истца, норма была туманной, непредсказуемой, из-за чего нарушалась статья 7 Европейской Конвенции по правам человека, согласно которой норма должна быть «предсказуемой» и не должна давать возможность использования аналогии во вред лицу».⁵³ Суд, основываясь на историческом фоне и результатах социально-правовых исследований, счел обширный характер названных норм в полном соответствии со статьей 7 Конвенции⁵⁴ и соответственно, не установил нарушение.⁵⁵ По толкованию Суда «норма всегда будет более или менее определенной и судебная практика должна внести в нее ясность». Норма – не кулинарный рецепт, в котором все детально прописано. Также нужно понимать и сравнительно обширное определение подготовки преступления, а для того, чтобы ее криминализация в таком виде была оправдана, необходимо, чтобы границы ответственности определялись не вообще по категориям, а по другим признакам содержания деяния, таких как: предмет деяния, субъект, защищенное благо, и т.д. Такой подход дал бы возможность уяснить, какую цель преследовало государство при установлении наказуемости деяния на ранней стадии.⁵⁶

Для решения существующей проблемы в отношении общей дефиниции подготовки преступления в доктрине уголовного права было высказано мнение о том, что для внесения ясности в дефиницию подготовки, понятие должно конкретизироваться элементом близости к попытке.⁵⁷ Согласно другому мнению, необходимо наличие определения понятия подготовки, чтобы условиям, нацеленным на совершение преступления, придать больше реальности».⁵⁸ Привнесение элемента «близости» не может стать панацеей для урегулирования вопроса, так как это не сможет во всех конкретных случаях обеспечить решение вопроса наказуемости подготовки с абсолютной точностью, и можно ожидать перемещение проблемы в новый ракурс, например, в спор о том, что подразумевает законодатель под словами «деяние должно быть близко», насколько близко и т.д. Тем более, что похожий опыт имеется у стран с англо-американской правовой системой, которые для разграничения подготовки и попытки применяют тест «близости».⁵⁹ Хотя,

⁵³ Ibid. пункты 25 и 33.

⁵⁴ Ibid. 37.

⁵⁵ Подобные дела см. CANTONI V. FRANCE, 17862/91, 11.11.1996; HUHTAMÄKI v. FINLAND, 54468/09, 06.03.2012.

⁵⁶ О цели криминализации см. Douglas Husak, Four Points About Drug Decriminalisation, "Criminal Justice Ethics 22, (2003), 24; Nils Jareborg. Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio), Ohio State Journal of Criminal Law 2 (2004) 527-530; Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, 6th ed. (New York: Oxford University Press, 2009), 22-43.

⁵⁷ К. Гедрих (2013), 98; похожие соображения см. Т. Церетели, 1961, 88; О. Гамкрелидзе (2010), 159.

⁵⁸ Л. Харанаули, 55.

⁵⁹ Diana Roe, Criminal Law, 3rd edition (London: Hodder Arnold, 2005), 261-262; Duff, 42; Joel Samaha, Criminal Law, ed. Linda Schreiber-Ganster, 10th edition (Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2011), 242.

⁵⁰ Douglas Husak, 168.

⁵¹ Michael Cahill (2009) 1248.

⁵² ASHLARBA V. GEORGIA, №45554/08, 15.10.2014. см. указанную ссылку: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?{languageisocode}:\[\"ENG\"\],{respondent}:\[\"GEO\"\],{documentcollectionid2}:\[\"CHAMBER\"\],{itemid}:\[\"001-145572\"\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?{languageisocode}:[\) 25.12.2014.

подобное определение все же должно оцениваться положительно, так как если с помощью принципов уголовного права затрудняется адекватное понимание подготовки, термин, обозначающий «близость» прояснит природу подготовки и переведет дискуссию на новый этап. Кроме того, для правильного понимания подготовки преступления крайне важно освобождение уголовного кодекса от ирелевантных деяний, которые законодатель называет подготовкой, чем обуславливает двойственность подготовки, что может внести неясность и усложнить правильное понимание нормы. Назовем, к примеру, безрезультатное подстрекательство,⁶⁰ которое является проявлением намерения,⁶¹ а не подготовкой, так как проявление намерения еще более отдалено от начала состава деяния, чем это свойственно правовой природе подготовки⁶² (соответственно, не подпадает под категорию реальной возможности) – законодатель тем не менее и этот институт называет подготовкой другой общей статьей УК.⁶³

Еще один аргумент, высказанный против генеральной подготовки – это её практическая ненужность,⁶⁴ что, по мнению ученых, делает норму слабой и «принижает ее в глазах общества»⁶⁵. В противовес высказанному в доктрине уголовного права соображению нужно отметить, что статистические данные, полученные от Министерства внутренних дел Грузии и Тбилисского городского суда не подтверждают практическую ненужность подготовки. По анализу статистики, полученной в виде публичной информации и обвинительных приговоров можно заключить, что на этапе подготовки деяния происходит оценка особо важных дел, т.е. тех деяний, борьба против которых – наиглавнейшая задача государственной политики – против таких, как наркологические преступления, торговля огнестрельным оружием, террористические преступления, трэффикинг, а также разного вида коррупционные преступления.⁶⁶ Ужесточение уголовной политики и перенос ответственности на раннюю

стадию за преступления, направленные против общественной безопасности и порядка характерно и для других стран, в том числе и Англии, где больше половины расследованных дел – это сговор лиц для совершения преступления, связанного с наркотиками, т.н. conspiracy.⁶⁷

Подготовка vs locus roenitentiae – один из главных аргументов противников генеральной криминализации подготовки. По их словам, с переносом ответственности на ранний этап государство лишает лицо возможности отказаться от совершения преступления.⁶⁸ Отказом от генеральной наказуемости эта «проблема» не решается, так как, во первых, как показало исследование,⁶⁹ не на все специальные деликты подготовки распространяются посткриминальные поощрительные нормы,⁷⁰ и, во вторых, если предусмотрение в особенной части поощрительных норм⁷¹ является панацеей⁷² от этой проблемы в отношении урезанных деликтов, то почему нельзя сказать то же самое о добровольном отказе от преступления в отношении генеральной подготовки? Можно сказать, что и на этапе неоконченной попытки мы «отнимаем» у лица locus roenitentiae, что было бы неправильно. На этих двух стадиях, так же как и на этапе оконченной попытки лицо имеет возможность добровольно отказаться от преступления. Используя эту возможность, лицо освобождается от ответственности. Правильное понимание подготовки, т.е. «ее близость к попытке» еще более расширяет возможности добровольного отказа от совершения преступления. Лицо имеет объективную возможность отказа от преступления, в отличие от случаев криминализации частных проявлений намерения. Например: А. приобрел холодное оружие с целью нанесения вреда здоровью Б. и на следующей день отправился к его дому для приведения в исполнение своего намерения. А вошел во двор, одолел сопротивление собаки и вошел в дом. Пройденные этапы со времени приобретения оружия до приближения к дому из-за отдаленности от совершения преступления не являются подготовкой, а всего лишь простым

⁶⁰ Часть 7 статьи 25 УК: «[...] за подготовку преступления уголовно-правовая ответственность налагается и на того, кто из-за независящих от него обстоятельств, не смог склонить другое лицо к совершению преступления».

⁶¹ К. Мchedlishvili-Гедрих оценивает безрезультатное подстрекательство как проявление намерения. см. К. Гедрих (2011), 20.

⁶² Л. Харанаули безрезультатное подстрекательство не считает проявлением намерения, он оценивает его как «неоконченную подготовку». см. Л. Харанаули, 44-45.

⁶³ Тамар Гегелия, О подходах к вопросу о взаимоотношении проявления намерения и подготовки преступления в современном уголовном праве», *Правосудие и Закон* 4 (2013), 130-133.

⁶⁴ Л. Харанаули, 79.

⁶⁵ Т. Церетели (1961), 92.

⁶⁶ Письмо министерства внутренних дел Грузии №2319370 от 17 ноября 2014 г., которое показывает статистику следствия и уголовного преследования, начатых на основании статьи 18 УК. Также письмо №31746-1 Городского суда Тбилиси от 10 сентября 2014 г., которым, по принципу случайного отбора мне были переданы копии обвинительных приговоров.

⁶⁷ David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law: Cases and Materials, 10th edition (Oxford & New York: Oxford University Press, 2009), 534.

⁶⁸ Церетели (2007), 394; Л. Харанаули, 76 и 79; М. Турава (2013), 300.

⁶⁹ Л. Харанаули, 88.

⁷⁰ Л. Харанаули, 87-88.

⁷¹ Подобные пост-криминальные, поощрительные нормы существуют в УК Грузии, например, относительно наркотических преступлений и владения огнестрельным оружием; см. примечания, предусмотренные статьей 236 и статьей 260 УК.

⁷² Л. Харанаули в своей работе отмечает, что проблемы, связанные с добровольным отказом от совершения преступления, существуют и в отношении специальных деликтов подготовки, но из-за этого не следует отказываться от специальной наказуемости деликтов, а законодатель должен допустить добровольный отказ в отношении каждого delictum sui generis. см. Л. Харанаули, 97.

проявлением намерения. Вхождение в дом более конкретизирует деяние лица и повышает шанс наступления результата, соответственно, деяние уже создает реальную возможность нанесения вреда защищенному благу. А непосредственно пленение жертвы и занесение над ним ножа – уже попытка, из-за большей вероятности реализации последствий и соответственно, из-за более высокой степени опасности. Приведенного примера достаточно для осознания того, что криминализация подготовки не отнимает у лица возможности отказаться от совершения деяния. Безусловно, этап подготовки дает меньше возможностей для добровольного отказа, нежели, например, оконченная попытка, но государство должно иметь возможность, исходя из политических целей, установить поощрительную норму в том или ином объеме, в противном случае ряд деяний потеряют превентивный эффект.⁷³

2. Сравнительное уголовное право в отношении неоконченного преступления

Как уже было сказано выше, большинство стран, следуя либеральным принципам и задачам уголовного права, принципиально отказываются от генеральной наказуемости. К их числу принадлежит множество стран как континентальной, так и англо-американской систем права. Хотя, как показал анализ уголовного права ряда этих стран, отказ от генеральной криминализации подготовки преступления имеет формальный характер и страны часто, с помощью различных правовых механизмов заполняют лакуны, созданные ненаказуемостью подготовки.⁷⁴ В результате анализа уголовного права зарубежных стран, можно выделить следующие правовые механизмы наказуемости подготовки, так называемые *inchoate crimes*,⁷⁵ то есть виды неоконченного преступления: попытка состава деяния, конспирация (*conspiracy*), призыв к совершению преступления (*solicitation/incitement*) и так называемое *delictum sui generis*, где проявление намерения, подготовка преступления и попытка сконструированы в виде законченного преступления в особенной части закона.

III. Практика расширения дефиниции попытки

Понятие попытки преступления и её практическая интерпретация различны в разных странах, что обусловлено выбранной уголовным правом ориентацией. Например, согласно УК Грузии «попыткой преступления считается намеренное деяние, которое хотя и было непосредственно направлено на совершение преступления, но преступление не было доведено до конца». По уголовному праву Германии, «попытку преступления осуществляет тот человек, который следуя собственному представлению о деянии, начнет непосредственно осуществлять состав деяния».⁷⁶ По МРС⁷⁷ США, «Попыткой преступления является существенный шаг к осуществлению преступления»⁷⁸, по уголовному праву Франции «попыткой преступления является начало исполнения состава деяния»⁷⁹, по уголовному праву Англии «тот, кто с намерением совершения преступления совершит деяние, которое для совершения преступления значит больше, чем простая подготовка, понесет ответственность за попытку преступления»⁸⁰ и еще можно привести дефиниции множества стран, которые уже в самом законе проявляют свою субъективную и объективную ориентацию, хотя, часто, несмотря на структурированное объективной теорией понятие попытки, квалификация осуществляется по субъективным тенденциям и наоборот. Например, по уголовному праву Франции законодатель, правда, вносит обязательным элементом *actus reus* попытки начало исполнения состава деяния, но судебная практика показала тенденцию расширенного толкования. Например, всего лишь держание боевого оружия суд оценил попыткой разбоя,⁸¹ также попыткой было оценено осматривание закрытых окон.⁸² Анализ французской практики привел ученых к выводу, что расширенное толкование попытки часто подсказано политическими целями, в частности суд применяет более строгий тест в отношении преступлений, совершенных несовершеннолетними, также в отношении составов насильственных преступлений сексуального характера.⁸³ В этом смысле интересна и судебная практика США и Англии, где в течение ряда лет менялась интерпретация границ попытки в зависимости от того какой путь выбирал суд – объективный или субъективный. В соответствии с этим чередовались тесты, разработанные для разграничения подготовки и попытки, такие как:

⁷³ Duff, 41.

⁷⁴ К. Цикаришвили, «Некоторые соображения о разграничении подготовки преступления и попытки в европейском и американском уголовном праве», *Правосудие и Закон* 1 (2010), 18. История видов неоконченных преступлений (*Inchoate crimes*) в Англии и Америке, см. Gabriel Hallevy, "NATIONAL SECURITY UNDER LIBERAL SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW – WHEN DO NATIONAL SECURITY ISSUES BECOME CRIMINAL?", *Creighton International and Comparative Law Journal* N. 1, Vol. 3 (Creighton University School of Law, Fall 2012), 10-13.

⁷⁶ И. Весселс и В. Бойлке, 347.

⁷⁷ Model Penal Code – Модельный закон уголовного права.

⁷⁸ Каха Цикаришвили, 17.

⁷⁹ Catherine Elliott, *French Criminal Law* (Portland: William Publishing, 2001), 95.

⁸⁰ см. Criminal Attempts Act 1981.

⁸¹ Catherine Elliott, 97.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

тест недвусмысленности⁸⁴, тесты близости,⁸⁵ тест существенного шага, тест вероятности отказа,⁸⁶ тест первого акта,⁸⁷ последнего акта⁸⁸ и др.⁸⁹

Оценка стадии совершения преступления попыткой основывается на объективных и субъективных теориях.⁹⁰ Иначе их называют теориями опасности деяния и опасности личности.⁹¹ «Для первой теории важно то, сколько еще осталось сделать лицу для окончания преступления, а другая теория заостряет внимание на том, что уже совершено лицом для демонстрации того, насколько опасно лицо для общества»⁹². Несмотря на критику субъективной теории и созданных на ее основе англо-американских тестов (первого акта, существенного шага),⁹³ они широко используются в судебной практике. Для удовлетворения теста «существенного шага» стадией совершения преступления она должна четко выявлять намерение лица совершить преступление. Подобное толкование показывает, что для квалификации важно не то, насколько близко деяние к началу исполнения состава преступления и соответственно, насколько высокую степень опасности оно создает для реализации состава деяния, а формальная сторона, т.е. насколько доказуемо выраженное в окружающем мире намерение лица, совершить состав преступления.⁹⁴ С подобной интерпретацией, если лицо приобретет оружие для убийства кого-либо, и об этом напишет в дневни-

ке, то его «деяние» с этого же этапа полностью удовлетворяет требованию теста «существенного шага» и является попыткой убийства, что нарушает принцип права деяния и является неоправданным вторжением в пространство свободы человека.

Согласно толкованию MPC существенным шагом и соответственно попыткой должны быть оценены поиск жертвы, её преследование, поиск-осмотр объекта нападения, приобретение оружия и другие подобные этапы, если их наличие подтверждается соответствующими доказательствами.⁹⁵ Таким образом, налицо неопределенность теста существенного шага и его субъективная ориентация, и можно сказать, что попытка согласно тесту существенного шага является более всеобъемлющей, нежели «принципиально» отвергнутая подготовка преступления. Это замечание касается не только тестов опасности личности, но и интерпретации тестов, произведенных от объективной теории (тест близости). Подобный пример широкой интерпретации можно привести и из судебной практики: в деле *Mequirter v. State*,⁹⁶ афро-американец с намерением изнасилования преследовал белую женщину,⁹⁷ мужчина отказался от своего намерения еще до того, как приблизился к жертве. Между ними было расстояние в десять ярдов. Субъект деяния признался в своем намерении, что Суд (несмотря на то, что руководствовался тестом близости) счел достаточным для оценки деяния попыткой наряду с тем аргументом, что его преследование для жертвы было ощутимо и нарушило её спокойствие.⁹⁸ Интересно и дело *R. v. Toothill*,⁹⁹ в котором попыткой изнасилования был оценен этап стучания в дверь. И опять в деле решающим стала не близость деяния к посяганию на защищенное благо, а доказательства, которые пролили свет на намерение лица; стадия подготовки была оценена попыткой в деле *R. v. Tosti*, где деяние лиц прервалось в тот момент, когда они осматривали замок запертого помещения;¹⁰⁰ в деле *Boyle and Boyle*¹⁰¹ попыткой разбоя было оценено деяние тех лиц, которые повредили двери с целью проникновения в дом; в деле *DPP v. Stonehouse* лицо застраховало собствен-

⁸⁴ J. Samaha, 243. По тесту недвусмысленности деяние должно оцениваться попыткой, если обычный прохожий, увидевший деяние исполнителя, поверит, что он намерен совершить конкретное преступление. Этот тест подвергся критике из-за широких границ и на сегодняшний день не применяется.

⁸⁵ J. Samaha, 242-243; По тесту близости деяние должно быть оценено попыткой, если оно близко к совершению преступления. В практике сложность создает именно элемент «близости». Согласно высказанному в доктрине соображению, «близость» должна пониматься исходя из конкретных обстоятельств, учитывающая такие факторы, как субъект деяния, предполагаемая опасность и др. см. Duff, 46.

⁸⁶ Для этого теста важно то, насколько далеко пошел субъект для приведения намерения в исполнение и насколько ожидаем от него отказ от совершения преступления на этом этапе. Данный взгляд раскритикован из-за его спекулятивного характера. см. J. Samaha, 244; также Duff, 44-46.

⁸⁷ Согласно этому тексту для квалификации деяния попыткой достаточно, чтобы лицо совершило деяние, т.е. первое деяние (напр. приобретение огнестрельного оружия с намерением убийства), направленное на совершение преступления, уже является попыткой. см. Duff, 35.

⁸⁸ Согласно этому тесту для оценки деяния попыткой необходимо, чтобы лицо совершило и последний акт преступления. см. Duff, 37-42. Singer, 312. В отличие от теста первого акта, тест последнего акта крайне суживает границы попытки и, можно сказать, что он признает лишь оконченную попытку.

⁸⁹ J. Samaha, 244; Smith and Hogan, Criminal Law, 582-595; Mike Molan, Duncan Bloy and Denis Lanser, Modern Criminal Law, 5th edition (Portland: Cavendish Publishing, 2003), 161-165; Diana Roe, 260-262; Richard G. Singer and John Q. La Fond, 312-313; CMV Clarkson, HM Keating & SR Cunningham, Clarkson and Keating Criminal Law: text and materials, 6th edition (London: Thomson, 2007), 491-500; Duff, 42-57.

⁹⁰ Clarkson and Keating criminal law, 491.

⁹¹ J. Samaha, 242; Duff, 34-35.

⁹² J. Samaha, 242.

⁹³ Duff, 37.

⁹⁴ Singer, 315.

⁹⁵ J. Samaha, 244-245.

⁹⁶ Duff, 47.

⁹⁷ В этом деле мы должны принять во внимание период (1953) и штат (Алабама), где было совершено деяние, что лишний раз убеждает нас в значении политической цели при разграничении подготовки деяния и попытки. В данном деле для оценки деяния попыткой шотландской профессор Памелла Фердгюссон и американский профессор Сенфорд Г. Кадиш определяющим считают «период и место совершения преступления» см. Pamela R. Ferguson, "Moving from preparation to perpetration?: Attempted crimes and breach of the peace in Scots Law", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 11, №. 2 (2014) 692; H. Kadish, Stephen J. Schulhofer and Carol S. Steiker, *Criminal Law and its Process: Cases and Materials* (New York: Aspen Publishers, 2007), 560.

⁹⁸ Duff, 47.

⁹⁹ См. на указанной ссылке: <http://www.lawteacher.net/criminal-law/cases/prelim-crimes-cases.php> 04.01.2015.

¹⁰⁰ Tosti, 1997, Crim. LR 746; так же см. Ashworth, 444.

¹⁰¹ Boyle and Boyle (1987) 84, cr app r 270; так же см. Duff, 39.

ную жизнь в пользу супруги. После этого он разыграл собственную смерть, о чем жена ничего не знала. По прошествии пяти недель, до того как жена потребовала страховую сумму, его замысел был раскрыт. Этот этап Суд оценил попыткой,¹⁰² так как по толкованию суда, «лицо сделало всё возможное, что было в его силах... преодолел Рубикон и сжёг лодку».¹⁰³

По грузинскому уголовному праву, все вышеперечисленные стадии были бы оценены (или должны были быть оценены) как подготовка (конечно, предусматривая законодательную конструкцию того состава деяния, на которое было нацелено деяние),¹⁰⁴ так как во всех названных делах деяние было еще более отдалено от исполнения преступления, чем это характерно для попытки, и, соответственно, созданная опасность была меньшей. Например, в деле *R. v. Tosti* только рассматривание закрытого замка и глазение в щель не создают ту конкретную опасность, которая является необходимой частью попытки. В данном деле попытка была бы налицо только после того, как лица открыли бы замок.¹⁰⁵ По уголовному праву Грузии оценку этих деяний подготовкой обуславливает не то, что понятие подготовки особенно хорошо и четко определено, а выбранная объективная ориентация.¹⁰⁶ Для разграничения подготовки и попытки точкой отсчета должно служить основание наказуемости, так как в деянии всегда найдется такой элемент, который в той или иной степени даст возможность правоприменителю для широкого толкования нормы. Для иллюстрации можно сравнить право Англии и право Шотландии на примере рассмотрения двух дел: в деле *R. v. Toothill*, где попыткой изнасилования был оценен лишь этап стучания в дверь и дело *H. T. Advocate v. Forbes*,¹⁰⁷ где Forbes своим деянием пошел еще дальше, чем Toothill, в частности, проник в дом потерпевшего, облачился в одежду жертвы и приготовил маску; на этом этапе и было пресечено его деяние. Несмотря на то, что по уголовному праву Англии и Шотландии у попытки схожая дефиниция (больше, чем простая подготовка преступления), Шотландский суд деяние

Forbes оценил как простую подготовку преступления и соответственно, не признал его ответственным.¹⁰⁸ Приведенный случай – это хороший пример для понимания того, насколько большое значение имеет основание наказуемости неоконченного преступления по сравнению с его законодательным определением, в частности, то, на какой теории основывается право попытки: объективной или субъективной и то, что одно и то же деяние в условиях одного и того же определения может оцениваться по-разному, широко или ограничительно.

Субъективизация попытки и ее расширенное толкование знакомо и немецкой доктрине уголовного права и судебной практике, так как немецкий закон уголовного права не предусматривает генеральную наказуемость подготовки.

С изменением социально-политических обстоятельств служившие основанием наказуемости неоконченного преступления объективные и субъективные теории¹⁰⁹ чередовались на протяжении веков. Под влиянием слабых сторон каждой из теорий создавалась новая теория, которая или крайне субъективна, или имеет ориентацию объективной теории.

Главным минусом объективной теории называют отказ от наказуемости негодной попытки,¹¹⁰ а минусом субъективной теории – то, что она создает основание наказуемости простого проявления намерения, абсолютно негодной (нереальной) попытки и даже подготовки.¹¹¹

Под влиянием сильных и слабых черт этих теорий создавались новые, т.н. «смешанные»¹¹² и «современные» теории¹¹³, целью создания которых являлось такое толкование попытки с учетом новых вызовов, которое обеспечило бы разграничение попытки, с одной стороны, от подготовки преступления и, с другой стороны, – от состава оконченного деяния.¹¹⁴ По современному подходу определяющими попытку являются понятия «близость во времени и пространстве» и «воздействие на защищенную личную сферу»,¹¹⁵ а также критерий «непосредственное начало» деяния.¹¹⁶ Несмотря на вышеназванные объективные критерии, их толкование происходит субъективно, в частности, не по созданной опасности и объективной близости, а соответственно «представлению»¹¹⁷ субъекта. Поэтому не случайна квалификация как

¹⁰² Суд принял иное решение в отношении двух других случаев попытки получения страховой суммы обманным путем, эти случаи мало отличаются от вышеназванного дела, см. *R. v. Robinson* (1915) 2 kb 342, court of Appeal and *Comer v. Bloomfield* (1970) 55 Cr App. R. 305.

¹⁰³ Duff, 39; Diana Roe, 260-261; Smith and Hogan criminal law, 590-595.

¹⁰⁴ Принято считать, что оценка деяния подготовкой или попыткой зависит от законодательного состава того преступления, к чему направлено деяние. Об этом см. Т. Церетели (2007), 436-437.

¹⁰⁵ Похожий пример, приведенный в грузинской юридической литературе, оценен подготовкой, см. Т. Церетели, Подготовка преступления, ред. Т. Церетели и Г. Ткешелиадзе, Комментарий уголовного кодекса Грузинской ССР, часть 1 (Тбилиси: Советская Грузия, 1976), 117.

¹⁰⁶ К. Гедрих (2013), 101. Тут же нужно отметить, что в последний период ощутима тенденция субъективной интерпретации, что обусловлено влиянием немецкого уголовного права. см. Турава (2013), 313, Л. Харанаули, 139.

¹⁰⁷ Pamela R. Ferguson, 692-693.

¹⁰⁸ Хотя, здесь же нужно отметить, что шотландское право преступности, вызванную ненаказуемостью подготовки, – *Breach of the Peace* – заполняет деликтом. см. Ferguson, 694.

¹⁰⁹ Турава (2013), 313; Гедрих (2013), 86-91; Харанаули, 107-133.

¹¹⁰ Харанаули, 109; Турава (2013), 313.

¹¹¹ Турава (2013), 313-314, Харанаули, 121.

¹¹² Л. Харанаули, 121-126.

¹¹³ Ibid. 126-133.

¹¹⁴ Ibid. 138.

¹¹⁵ Ibid. 212-213.

¹¹⁶ Ibid. 210.

¹¹⁷ Гедрих (2013) 88; Весселс и Бойлке, 347.

стадии попытки тех деяний, о которых речь пойдет ниже. Например, попыткой разбоя было оценено деяние тех лиц, которые постучали в дверь жилого дома, чтоб сразу же, при открытии дверей, под угрозой огнестрельного оружия напасть на хозяина дома;¹¹⁸ прислонение лестницы к стене дома, чтобы перелезть через открытое окно с целью кражи;¹¹⁹ проверка переднего колеса машины для того, чтобы овладеть им в том случае, если никого не было за рулём;¹²⁰ вывод собаки со двора, дабы незамедлительно войти в дом с целью кражи;¹²¹ извлечение из тайника спрятанного на месте происшествия оружия (орудие для раздвижения решетки), дабы незамедлительно приступить к раздвижению решетки, было оценено попыткой кражи.¹²² Попыткой является и поиск жертвы в квартире с намерением убийства.¹²³

По распространенному в доктрине уголовного права Грузии соображению все вышеназванные деяния были бы оценены как стадия подготовки¹²⁴. Например, извлечение из тайника железки для раздвижения решетки с целью повреждения замка и проникновения в хранилище никоим образом не может быть квалифицировано попыткой, поскольку деяние еще недостаточно близко к исполнению состава деяния и соответственно, еще не создает опасность той степени, которая характерна для попытки. То же самое можно сказать и о проверке переднего колеса, что еще не создает конкретную опасность угона машины и также не удовлетворят понятие близости во «времени» и «пространстве», так как для овладения закрытой машиной нужно преодолеть еще много барьеров. Широкое толкование попытки обуславливает т.н. смешанная субъективно-объективная теория,¹²⁵ которая берет начало преимущественно от субъективной теории, так как согласно этой теории для оценки деяния попыткой решающее значение имеет представление субъекта деяния о начале состава деяния и о создании угрозы. Именно поэтому для разграничения стадий используют крайне спекулятивные и искусственные критерии.¹²⁶ Так произошло в вышеназванном примере с собакой. На вопрос – насколько удовлетворяет критерий «близости» момент вывода собаки со двора тогда, когда нуж-

но было пройти еще большое расстояние до дома и также преодолеть барьер при входе в дом, ученые отвечают следующим образом: в том случае, когда субъект после вывода собаки со двора намерен моментально вернуться во двор и обокрасть дом, этот этап должен быть оценен как попытка, но в том случае, когда после вывода собаки субъект намеревается обокрасть дом не в том же момент, а через два дня, деяние будет оценено подготовкой,¹²⁷ т.е. в этом случае важно не выраженное в объективном мире деяние, не то, насколько это деяние приближено к исполнению состава преступления, посягательству на благо, и насколько актуальным делает оно вероятность, а важны «недоступные для внешнего мира мысли и представления лица»¹²⁸ о собственном деянии.

Распространенная в судебной практике и доктрине преимущественно субъективная интерпретация попытки преступления находится в полном соответствии с её законодательным определением,¹²⁹ где для оценки деяния попыткой решающим является не объективный элемент, а субъективное представление лица о созданной опасности. Таким образом, с тем фактом, что отмеченные деяния признаны попыткой, можно не согласиться по существу, но факт имеет догматическое основание.¹³⁰

Страны, где не карается генеральная подготовка, на стадии подготовки (и на более ранних стадиях) механизмом привлечения лица к ответственности, кроме широкого толкования попытки, используют и другие, более гибкие, т.н. «каучуковые» нормы, такие как: призыв к совершению преступления (*solicitation*), конспирация (*conspiracy*) и *delictum sui generis* – определённые особенной частью закона урезанные деликты. Аргументом криминализации подобного рода деяний приводят защиту общественного блага путем пресечения этих деяний на ранней стадии, что обеспечит спокойную жизнь общества.

1. Solicitation – actus reus

По англо-американскому уголовному праву – *incitement* (*solicitation*) выражается в безрезультативной попытке склонения другого лица¹³¹ обещанием, угрозой, приказом и другими способами¹³² к совершению преступления.¹³³ *Solicitation* многие авторы считают более опасным, чем попытку преступления. В ответ критики насчет того, что *solicitation* – крайне ранний этап и не создает релевантной для уголовного пра-

¹¹⁸ Ibid. 352, Л. Харанаули, 212.

¹¹⁹ Л. Харанаули, 215.

¹²⁰ К. Цикаришвили, 16.

¹²¹ Харанаули, 218; Весселс и Бойлке, 350.

¹²² Харанаули, 213.

¹²³ К. Гедрих (2011), 28.

¹²⁴ Т. Церетели (1961), 80-81. Также нужно отметить пример из судебной практики Грузии, где подготовкой кражи было оценено деяние лица, задержанного при проверке замка двери. см., приговор Тбилисского городского суда, 19 марта 2013 г., N1/497-13. Сравните с делом R v. Tosti and White, где похожий случай был оценен попыткой.

¹²⁵ М. Турава (2013), 316. К. Гедрих (2011), 7 и 39.

¹²⁶ По вопросу о критике оценки деяния попыткой по представлению субъекта деяния. см. John Hasnas. "Attempt, Preparation, and Harm: The Case of the Jealous Ex-Husband." *Ohio State Journal of Criminal Law* 9 (2012) 766.

¹²⁷ Харанаули, 218.

¹²⁸ Гедрих (2011), 39.

¹²⁹ Гедрих (2013), 88-89.

¹³⁰ Немецкий уголовный кодекс, статья 22.

¹³¹ J. Samaha, 265.

¹³² *Race Relations Board v Applin* [1973], Q.B.815, 825.

¹³³ Singer, 298; Clarkson & Keating criminal law, 534-535.

ва общественной опасности,¹³⁴ они отвечают, что solicitation опаснее, так как создает «риск кооперации преступников».¹³⁵

Во время solicitation необязательно, чтобы «склонение» было направлено на конкретное лицо, возможна направленность на круг неконкретных лиц,¹³⁶ вместе с тем MPC не устанавливает какие-либо ограничения в отношении категории преступления, значит, возможно наказание лица за попытку призыва к совершению любого преступления.¹³⁷ По законодательству нескольких штатов Америки необязательно, чтобы попытка лица склонить другого к совершению преступления дошла до потенциального исполнителя,¹³⁸ а по законодательству нескольких других штатов попытка должна быть воспринимаемой (т.е. должна прийти до адресата), в противном случае будет квалифицироваться как попытка призыва (solicitation).¹³⁹ Примеры solicitation: А с намерением убить В решил нанять С, серийного убийцу. А, почтой послал С заказ на убийство, хотя С письмо не получил, так как до этого был задержан по обвинению в предполагаемом совершении другого преступления. По законодательству США, деяние А будет оценено как призыв к преступлению (incitement/solicitation).¹⁴⁰ А написал письмо организации-производителю порнографического журнала с просьбой об опубликовании порнографии несовершеннолетних. Его деяние до ознакомления адресата с письмом было пресечено. Английский суд оценил «деяние» лица попыткой¹⁴¹ призыва (incitement).¹⁴² Можно привести еще множество практических или гипотетических примеров для демонстрации того, что с наказуемостью подобных неоконченных преступлений происходит криминализация опасности личности, а не его деяния.

2. Conspiracy – actus reus

Еще один вид неоконченного преступления – конспирация (conspiracy), которая заключается в договоренности двух или более лиц о совершении преступления¹⁴³. Например, если А и В договорятся об убийстве С, даже без всяких последующих под-

готовительных деяний – это уже наказуемое неоконченное преступление¹⁴⁴. В Америке половина штатов объявляет наказуемым простую договоренность, а другая половина дополнительно требует совершения очевидного деяния (overt act), не требующего близости к преступлению, а имеющего значение процессуального, доказательного стандарта.¹⁴⁵ По словам противников конспирации, помимо того, что криминализация конспирации является неоправданным вмешательством в сферу свободы человека, она также не удовлетворяет тест предсказуемости закона, что дает еще большую возможность прокуратуре злоупотреблять ею.¹⁴⁶ Аргумент дефиниции конспирации направлен на «соглашение», на то, что подразумевает соглашение двух или более лиц. Для иллюстрации приводится дело Dr. Benjamin Spock-а, в котором врач-педиатр обвинялся в пропаганде против вьетнамской войны. В видеокассете, фиксирующей выступление Бенджамина Спока, были хорошо видны аплодисменты и овации поддержки. По утверждению прокурора, все те люди, которые аплодировали, выражая поддержку Споку, должны были быть наказаны за конспирацию.¹⁴⁷ Странники конспирации объясняют необходимость криминализации заговора современными вызовами, и апеллируют к высокому общественному интересу. Например, по соображению, высказанному в доктрине уголовного права Англии, до того, как английское право признает для определения попытки тест «существенного шага», который (тест) перенёс бы на более раннюю стадию возможность наказания попытки, существование конспирации в этой форме будет необходимым.¹⁴⁸ Несмотря на справедливую критику конспирации, она продолжает действие и как показывает статистика, конспирация является самым часто наказываемым «деянием»¹⁴⁹ и представляет собой самое мощное оружие против борьбы с терроризмом, против преступлений белых воротничков и наркотических преступлений.¹⁵⁰ Для наказуемости конспирации характерно еще одно несоответствие с принципом уголовного права – запрет двойного наказания.¹⁵¹ Как показывает анализ

¹³⁴ J. Samaha, 265.

¹³⁵ M. Molan, D. Bloy & D. Lanser, 132; Clarkson & Keating criminal law, 535; J. Samaha, 266.

¹³⁶ M. Molan, D. Bloy & D. Lanser, 132; J. Samaha, 266.

¹³⁷ Singer, 296.

¹³⁸ J. Samaha, 267.

¹³⁹ M. Molan, D. Bloy & D. Lanser, 132; Singer, 298.

¹⁴⁰ Singer, 305.

¹⁴¹ Нужно отметить, что актом 2007 года о серьезных преступлениях было упразднено неоконченное преступление – incitement, которое было заменено assisting и encouraging, у которых такие же широкие границы и которые заслуживают такую же критику, как и их предшественник. См. Smith and Hogan, criminal law, 518-519; также Andrew Ashworth, 457.

¹⁴² R v GOLDMAN (2001) CRIM LR 822. Так же DPP v ARMSTRONG (2000) Crim LR 379.

¹⁴³ J. Samaha, 259; Singer, 340; M. Molan, D. Bloy & D. Lanser, 142; Smith and Hogan criminal law, 536.

¹⁴⁴ По законодательству США конспирация наказывается не только генерально, но также существуют специальные составы конспирации. Об этом см. Juliet R.A. Okoth, The Crime of Conspiracy in International Criminal Law (Kenya: T.M.C. Asser Press, May 13, 2014), 25. 92-ая сноска.

¹⁴⁵ J. Samaha, 260; Singer, 340.

¹⁴⁶ J. Samaha, 259; Singer, 340.

¹⁴⁷ J. Samaha, 259.

¹⁴⁸ Clarkson and Keating criminal law, 517.

¹⁴⁹ Singer, 340. 1-ая сноска

¹⁵⁰ Juliet Okoth, 25.

¹⁵¹ По толкованию Верховного Суда США в деле *Pereia v. United State*, наказание за конспирацию и оконченное преступление одновременно не противоречит правилу *ne bis in idem*, так как их наказание имеет разные правовые и фактические основания. Хотя анализ практики показал, что в основном, на основании одних и тех же доказательств, происходит привлечение к ответственности лица за оба деяния. См. Juliet Okoth, 37.

практики, пресечение заговора, как правило, происходит после окончания преступления, и, несмотря на это лицо карается не только за оконченное преступление, но и за конспирацию,¹⁵² т.е. не применяется принцип поглощения (как это происходит с попыткой и подготовкой в случае окончания преступления).¹⁵³ Согласно высказанному в юридической литературе мнению, которое опирается на исследования практики, механизм наказания за оба деяния имеет принципиальное значение, так как является мощным орудием в руках прокуратуры. Если обвинитель не сумеет полностью обосновать обвинение в случае законченного преступления, конспирация будет козырем в его руках.¹⁵⁴ Примечательно, что наказуема и негодная конспирация.¹⁵⁵ Например, если двое договорятся об убийстве С, то они будут наказаны за конспирацию даже в том случае, когда С давно нет в живых. Следует отметить т.н. доктрину Пинкертонна,¹⁵⁶ согласно которой любое преступление, совершенное одним из заговорщиков, будет также вменяться другому, если это преступление достаточно предсказуемо.¹⁵⁷ Хотя, нужно отметить, что по МРС Америки доктрина Пинкертонна была запрещена и большая часть штатов согласилась с этим.¹⁵⁸

Дисгармония между конспирацией и современным уголовным правом объясняется и тем, что на конспирацию не распространяется возможность добровольного отказа от совершения преступления.¹⁵⁹ Лица будут наказаны за сговор с целью совершения преступления даже тогда, если через две минуты после соглашения они откажутся от совершения преступления.

Объединяющей нормой *solicitation* и *conspiracy* является параграф 30 Уголовного Кодекса Германии¹⁶⁰ известный под названием Душесне,¹⁶¹ его еще называют признанным общей частью исключительным случаем подготовки.¹⁶² В отличие от англо-американского уголовного права конспирация по немецкому

законодательству наказуема только в том случае, если преступление (на что было направлено соглашение лиц) не будет окончено.¹⁶³

3. *delictum sui generis*

Еще одним механизмом наказуемости подготовки преступления являются специальные деликты, где стадии совершения преступления сами по себе представляют законченное преступление. Исключительные случаи наказуемости подготовки объясняются криминально-политическими задачами.¹⁶⁴ Примеры этого встречаются в законодательстве стран как общего, так и континентального права. Например, в штате Невада наказуем специальный деликт подготовки – подготовка поджога.¹⁶⁵ В большинстве штатов наказуема подготовка производства наркотических средств.¹⁶⁶ В этом смысле еще богаче Уголовный Кодекс Германии, который наказывает такие специальные деликты подготовки, как: подготовка государственного переворота (§83), подготовка незаконного пресечения свободы (§234), подготовка агрессивной войны (§80), подготовка компьютерного мошенничества (§263а), подготовка взрыва (§310) и др.¹⁶⁷ Возможна и наказуемость некоторых из них на этапе попытки, считается, что для подготовки агрессивной войны, предусмотренной §80 УК Германии, необходимо создание опасности начала войны, а если деяние будет пресечено еще до создания опасности, тогда это деяние будет оцениваться как попытка подготовки агрессивной войны,¹⁶⁸ что с правовой точки зрения может показаться парадоксальным (возможна ли попытка более ранней стадии – подготовки?!), но догматически – верным. На специальные деликты подготовки не распространяется добровольный отказ от преступления, так как его характерным знаком является то, что деяние не должно быть окончено,¹⁶⁹ а специальные деликты в законе описаны в виде оконченных преступлений. Примечательно, что на часть специальных деликтов подготовки не распространяются и пост-криминальные поощрительные нормы, что делает их предметом критики.¹⁷⁰ Подобных специальных деликтов еще больше, чем они перечислены в данной статье. Их перечисление и рассмотрение не является целью статьи. При принятии подобных норм единственное, чем норма может отличаться от общего правила наказуемости, это уплотнение закона и это еще большая несправедливость, чем то, в чем «обвиняют» генеральную подготовку.

¹⁵² Callanan v. United States, 364 U.S. 587 (1961). Похожее правило действует и в Англии. См. Andrew Ashworth, 450-451.

¹⁵³ Clarkson & Keating criminal law, 517; Singer, 340-341. Такое же правило действует и во французском уголовном праве см. Catherine Elliott, 102-103.

¹⁵⁴ Clarkson & Keating criminal law, 517, 101-ая сноска. Smith & Hogan criminal law, 534; J. Samaha, 264.

¹⁵⁵ Diana Roe, 269; Clarkson & Keating criminal law, 533.

¹⁵⁶ Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640 (1946). Доктрина Пинкертонна не различала ответственность помощника и исполнителя. Об этом см. Juliet Okoth, 33.

¹⁵⁷ Juliet Okoth, 33; Singer, 345-346.

¹⁵⁸ Singer, 347.

¹⁵⁹ Clarkson & Keating, criminal law, 533, Singer, 367. В отличие от прецедентного права Англии и Америки, МРС Америка допустило в отношении конспирации институт добровольного отказа – «renunciation» – хотя не были найдены практические примеры.

¹⁶⁰ Нужно отметить, что из стран континентальной правовой системы подобным Германии правилом конспирацию признает наказуемым и испанское законодательство. Об этом см. Juliet Okoth, 58 и 72.

¹⁶¹ Juliet Okoth, 47.

¹⁶² Л. Харанаули, 89.

¹⁶³ Juliet Okoth, 77.

¹⁶⁴ Л. Харанаули, 83.

¹⁶⁵ J. Samaha, 246.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Гедрих (2013), 96-97; Л. Харанаули, 86-87.

¹⁶⁸ Л. Харанаули, 87.

¹⁶⁹ М. Турава (2013), 316.

¹⁷⁰ Ibid. 88.

IV. Заключение

Правильное понимание природы подготовки преступления важно как в грузинской реальности, так и с точки зрения сравнительного уголовного права. На этапе подготовки состава деяния отказ от наказуемости фиктивен, наказание предварительных этапов состава преступления более обширно и строже, чем в условиях генеральной подготовки, которая требует совокупности деяний для квалификации деяния как подготовки, в отличие от криминализованных версий множества неоконченных преступлений, которые наказывают лицо (лица) всего лишь за проявление намерения без всяких дополнительных деяний, таких как преступный сговор, безрезультатное подстрекательство, обширное толкование попытки и др. Отказ от генеральной криминализации является скорее имиджом, который создают себе законодательства многих стран для создания иллюзии либерального уголовного права. На самом деле их характеристика подготовки не имеет ничего общего с истинной природой подготовки, так как она, как показано в данной статье, является реальной категорией, поскольку создает возможность воплощения того преступления, на которое она направлена (выраженными в объективном мире формой и характером), при этом, это более приближенные деяния к составу преступления, нежели их представляют. Сравнительно-правовой анализ показал, что в странах, где генеральная подготовка ненаказуема, уголовное право имеет более гибкий механизм наказания «деяний», существующих вне пределов состава преступления, которые являются гораздо ранними этапами, чем подготовка преступления. Например, конспирация, призыв (incitement) к совершению преступления и др. В статье также показано, что и дефиниции попытки очень общие и туманные, часто в большей степени, чем в случае подготовки. Все вышеназванные виды неоконченного преступления находятся в абсолютной дисгармонии с принципами уголовного права (законности, права деяния, гуманности и др.), но, несмотря на это, крайне высока статистика их применения. Для точного понимания и правильного практического применения подготовки (намеренного создания условий) важно ее системное осмысление. Также не менее важна декриминализация ирелевантных деяний, которые законодатель называет подготовкой, в частности, предусмотренное в части 7 статьи 25 Уголовного Кодекса безрезультатное подстрекательство, что, в свою очередь, формирует двуликую природу подготовки, что вносит неопределенность и, следовательно, не соответствует принципу законности. Для оправдания широкого определения подготовки преступления важно ограничение ответственности не по категориям, а путем

перечня составов конкретных преступлений в общей части, наказуемость которых на раннем этапе станет главной задачей государства и будет обусловлена уголовно-политическими задачами. Таким образом, если на фоне современных вызовов защита ряда ценностей заслуживает криминализации с ранних этапов деяния, объявим эти этапы наказуемыми, но так, чтобы не создать гибридное уголовное право, одна часть которого отказывается от наказуемости подготовки, а вторая – жестко борется даже с простым проявлением намерения.

Об общей дефиниции коррупции (Грузинское и Немецкое видение)

I. Вступление

В последние годы коррупция как предмет обсуждения и дискуссии является достаточно актуальным вопросом. Несмотря на то, что исторически всегда имели место случаи, которые по сегодняшним меркам могут быть сочтены за коррупцию, европейское общество (да и не только европейское, но и в советском пространстве) довольно долго избегало признания того, что в их странах господствовала коррупция: на эту тему фактически было поставлено табу. Хотя с середины 90-х годов власть и масс-медиа одновременно начали вести разговор о недостатках, имеющих место в странах в этом направлении. Начали освещать скандальные случаи, проводить открытые дискуссии о каждом нелицеприятном, неприемлемом факте, что явилось толчком для создания фундамента антикоррупционных мер, возник интерес к научному исследованию коррупции, появились многочисленные труды, книги, статьи по этому вопросу. И сегодня во многих университетах Европы существует большой интерес учёных и студентов к курсам лекций, конференциям, научным дискуссиям о коррупции.

Единое толкование коррупции, ее понятия и дефиниции и сейчас являются предметом обсуждения, однако всё ещё не удаётся достичь единой формулировки коррупции. Разными отраслями науки коррупция воспринимается по-разному и толкуется на основе каждого конкретного случая. Хотя не вызывает сомнений, что коррупция – негативное явление и в большинстве случаев является оценочной категорией.² Коррупция создаёт в стране тот фундамент, который может стимулировать рост организованного криминала, самое опасное проявление которого – связь политики и организованной преступности.³ С давних времен все общественные организованные формирования были знакомы с таким проявлением коррупции, как взяточничество или оказание влияния, что осуществлялось с целью обретения власти и проведения собственных интересов. И сегодня ни одна страна не свободна от коррупции, хотя различны

формы её проявления и опасность, выраженная как в малозначительных деяниях (*petty corruption*), так и в политической коррупции высших государственных структур.⁴ Актуальность этого вопроса создала необходимость внесения поправок в различные законы, криминализации коррупционных деяний и решения вопроса их наказуемости. Для усовершенствования и улучшения методов преследования коррупции Организация Объединённых Наций приняла конвенцию против борьбы с коррупцией, ядром которой являются политико-правовые аспекты. В конвенции читаем: «Государства-участники настоящей Конвенции, обеспокоены серьезностью порождаемых коррупцией проблем и угроз для стабильности и безопасности общества, что подрывает демократические институты и ценности, этические ценности и справедливость и наносит ущерб устойчивому развитию и правопорядку»⁵ (Парламент Грузии ратифицировал конвенцию ООН против Коррупции 10 октября 2008 года постановлением №337-II С). На международном уровне ужесточились уголовно-правовые методы и санкции, что вызвано, с одной стороны, влиянием практики и, с другой стороны, развитием уголовного права. Хотя вместе с этим необходимо, чтобы в сознании общества ясно сформировалось представление о том, что коррупция является обычной криминальной неправомерностью. Борьба с коррупцией и её поражение возможны только тогда, когда общество негативно отнесётся к этому вопросу и это отношение будет закреплено практически-политической волей государства, энергично бороться против коррупции.⁶

Как уже было отмечено, не существует единого понятия коррупции и она рассматривается во многих ракурсах, однако, основное и решающее, наверное, всё же социально-политическое и уголовно-правовое понимание. Согласно классическому подходу коррупция – это злостное использование особо уполномоченным государством лицом своих полномочий (доверия) в личных (частных) интересах. Или точнее: «получение недопустимой выгоды с помощью любого проявления злостного использования полномочий».⁷ Это крайне общее толкование и каждая деталь должна рассматриваться под разным углом, в частности, кем является действующее лицо, что подразумевается под злостным использованием полномочий (доверия), что означает личный/частный интерес и наконец, в какой форме всё это влияет на общее благосостояние и на общественный интерес. Разнообразие вопросов и проблем

¹ Докторант юридического факультета ТГУ, Исполнительный директор Института Административных Наук.

² S. Wolf. *Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung* 2014, стр.15.

³ B. Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, стр. 10.

⁴ Bannenberg/Schaupensteiner, *Korruption in Deutschland*, 2004, стр. 24.

⁵ Конвенция Организации Объединённых Наций Против Коррупции, преамбула – постановление Парламента Грузии №337-IIc 10.10.08.

⁶ B. Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, стр. 11-13.

⁷ D. Dölling, *Handbuch der Korruptionsprävention*, 2007, стр. 3.

ясно показывает, что определение понятия коррупции – задача не только одной отрасли науки, так как тут мы имеем дело как с уголовно-правовым преступлением, так и с социально-политической проблемой, в том числе и экономическими проблемами и наконец, с моралью и этикой. Поэтому феномен коррупции должен рассматриваться и анализироваться комплексно.

II. Понятие Коррупции

1. Общее Обзорение

Коррупция – это крупная административная, политическая и общественная беда, которая встречается не только в неразвитых или развивающихся странах, но и в развитых демократических странах, таких как, например, Германия.⁸ Термин «коррупция» происходит с латинского слова «*corrumpere*» и означает взятничество, подделку, нарушение, порчу.⁹ Термин имеет широкое толкование, начиная со взятничества чиновников или/и злоупотребления полномочиями, заканчивая нарушением обычаев и традиций;¹⁰ можно сказать, что толкование коррупции начинается с толкования латинского значения этого слова и заканчивается таким высказыванием как «*corruption is what is called corruption*».¹¹ Зилберман предлагает перечень слов, которые могут связываться с коррупцией и использоваться для толкования этого понятия: «влияние, склонение, получение выгоды, протекции, близкие отношения, интерес, план, власть, интрига, взятка, вымогательство, стимул, движущее желание, подстрекательство, давление, попытка».¹² Этот перечень и вправду многообразен, но касается всех возможных форм проведения общественных или политических легальных или нелегальных, легитимных или нелегитимных интересов.¹³ Коррупция может иметь место в любой сфере общественных отношений и на любом уровне. По классическому пониманию под коррупцией подразумевается использование власти для получения такого преимущества, права на которое не существует.¹⁴ По распространённому в обществе мнению коррупция является проблемой и характеристикой лишь политического и публичного сектора, но

это не означает, что коррупции нет в другом сегменте общественной жизни, или она не создаёт проблем.¹⁵ Суть коррупции не ограничивается лишь государственными структурами, с коррупционными деяниями встречаемся и в других, экономических и общественных отношениях, где главным принципом является принцип доверия и происходит злостное использование этого доверия.¹⁶

При установлении сути коррупции заслуживает внимания именно такое отношение, основанное на доверии, где также большую роль играют этическое-моральные и правовые обязательства. В государственных органах, в частных организациях и объединениях каждое лицо имеет определённые права и обязанности, лицу даны полномочия для действия в конкретной сфере и соответственно ему этим оказано доверие. А главной задачей государства должна быть превенция того, чтоб эти полномочия не были злостно использованы группой людей. Государство и все государственные служащие должны быть проникнуты тем духом, который подразумевается под понятием хорошего чиновника. Тут речь идет об осознании того, что каждый чиновник должен действовать ориентируясь на работу и с познанием политической независимости для общего блага. Это та исходная точка, которая должна присутствовать в любом современном государстве. Что касается коррупции, то она является антиподом всего вышесказанного. В данном случае чиновники, министры, депутаты, мэры и все те лица, кто обязан действовать на благо и в интересах общества, напротив, исходя из личных интересов, злостно используют предоставленную им людьми власть.¹⁷ Несмотря на разные характеристики в разных отраслях коррупционные деяния всё же относят к специальному классу нарушения норм, где субъектом является только чиновник или приравненное к нему лицо, у которого в отличие от других лиц имеются особые компетенции и обязательства. Исходя из того, что существует много нормативно регулируемых социальных контекстов, где подобные специальные функции и государственные службы институционализированы, встречаются различные формы и проявления коррупции.¹⁸

Правоведение, политология, история, социология, социальная психология, экономика, философия, антропология и этика – это те отрасли, которые знакомы с феноменом коррупции и по-своему рассматривают коррупцию как предмет исследования. Было множество попыток рассмотрения наличия коррупции как фактора, характерного для определенного типа обще-

⁸ H. H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsforschung, 2009, стр. 9.

⁹ S. Wolf, Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung, 2014, стр. 15.

¹⁰ U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 261.

¹¹ Коррупцией является то, что именуется коррупцией M. Pott, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption, 2002, стр. 15 (Braz 1970, S. 43).

¹² Там же, стр. 261, A. Silbermann: Wenn Menschen sich bestechen lassen, in: Psychologie heute, Heft 9/1977 s. 15-21.

¹³ U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 262.

¹⁴ Проф. Бернд Хаинрих, Европейское уголовное право – М. Турава, 2010 год, стр. 414.

¹⁵ См. сноску 6.

¹⁶ H. H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsforschung, 2009, стр. 10.

¹⁷ H. H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsforschung, 2009, стр. 9-10.

¹⁸ R. Zimmerling, in: U. v. Alemann (Hrg) Dimensionen politischer Korruption, 2005, стр. 77.

ства или для определённой ступени развития общества. В различной научной литературе встречается соображение, что коррупция характерна только для неиндустриального, негражданского общества, или только для периода развития и построения, или наоборот, для государства, которое находится на грани развала; хотя, встречается и такое соображение, что коррупция характерна и для либерального, правового демократического государства. Предусматривая все эти факторы и множество исследований напрашивается вывод, что феномен коррупции нельзя отнести к конкретной общественной или государственной форме, как и к какому-либо историческому периоду.¹⁹ Исходя из этого, при попытке формулировки единого понятия коррупции это шаблонное толкование должно исходить из индивидуально-рационального расчёта действующего лица о получении прибыли/выгоды, где решающую роль играет социально-политическая власть или другая характеристика/другой ресурс этих конкретных лиц, с помощью которого они смогут оказывать влияние на политические и социальные деяния.²⁰

При толковании понятия коррупции, подходя к вопросу патетически, нужно представить, что мы имеем дело с предательством, т.е. доверенное лицо предаёт доверителя.²¹ По общему толкованию под коррупцией подразумевается злоупотребление власти, полученной на основе доверия ради частных/личных интересов. Этого толкования придерживается и Transparency International.²² Главная суть этой дефиниции – «предоставленная на основе доверия власть». Нужно отметить, что здесь не уточняется, чьи интересы подразумеваются под понятием «частный/личный интерес», как это приведено в статьях уголовного кодекса о взяточничестве, где сказано: с целью получения «выгоды для себя или для другого».²³ Соответственно, по этому общему толкованию сложно установить детальную суть коррупции, хотя, как правило, в коррупционных отношениях участниками являются, самое меньшее, две стороны – одна та, которая принимает решение (действует или воздерживается от действия) вразрез оказанному доверию и вторая – та, которая взамен определённой выгоды ожидает несовместимого с доверием действия (бездействия). В большинстве случаев здесь предусматривается отношение двух сторон, где одна сторона – конкретное лицо или группа лиц из государственного сектора (как коррумпируемая сторона), а вторая – лицо или группа лиц из частного сектора (как коррумпирующая сторона).²⁴ Получается,

что если отсутствует другая сторона, деяние не будет считаться коррупцией,²⁵ хотя этот подход несовершенен, так как есть случаи, когда лицо действует независимо, в одиночку и свою власть использует в личных целях – этот случай называют «самокоррупцией» (Selbstkorrution) или «автокоррупцией».²⁶

Выделяют две формы автокоррупции – прямую и косвенную. По мнению профессора Арнима, примером прямой автокоррупции служит случай, когда например, парламент ставит вопрос финансирования фракции и фондов, в этом случае можно утверждать, что парламентарии злостно используют свои полномочия не ради выгоды другого лица или ради личной выгоды, а ради партийных интересов, т.е. фактически мы имеем дело с политическим самообслуживанием. В этом случае осуществление предоставленного им полномочия можно с лёгкостью назвать «легальной коррупцией».

А при косвенной коррупции чиновник в соответствии со своими интересами устанавливает регуляции или издаёт акты, которые выгодны ему и его коллегам, его окружению со следующей точки зрения:

- возможность несоответственного/неоправданного обогащения;
- доведения до минимума риска того, что их коррупционные деяния предстанут как запрещённые или/и уменьшение риска того, что в их отношении осуществится уголовно-правовое преследование и они будут задержаны.²⁷

Примером этого может служить утверждённое Европарламентом правило о том, что парламентарии имеют право требовать возмещения суммы дорогостоящего билета даже тогда, когда забронированный ими билет стоит гораздо дешевле. В этом примере видны и элементы мошенничества, но исходя из того, что ни одно правило и ни одна регуляция не запрещают это деяние, мы имеем дело с легальным мошенничеством. Также не запрещается назначение европарламентарием в свои подчинённые члена своей семьи, например, жены, и этим проявлением nepotизма приумножение бюджета своей семьи.²⁸

Толкование коррупции состоит из нескольких частей. Это три важных аспекта: а) конкретная власть и связанное с ней правомочие; б) злостное использование этой власти (т.е. нарушение законов и норм, т.е. нелегальность) и г) получение выгоды в частных/личных интересах.²⁹

¹⁹ U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 262.

²⁰ См. там же.

²¹ См. сноску 12.

²² "Corruption is the Abuse of entrusted Power for private Gain" <http://www.transparency.org/what-is-corruption/#define> 27.08.2015.

²³ StGB §331; также УИК, статья 338.

²⁴ M. Pott, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption, 2012, стр. 18.

²⁵ R. Zimmerling, in: U. v. Alemann (Hrg) Dimensionen politischer Korruption, 2005, стр. 79.

²⁶ H.H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsforschung, 2009, стр. 11.

²⁷ H.H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsforschung, 2009, стр. 12.

²⁸ См. сноску 22.

²⁹ M. Pott, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption, 2012, стр. 16-17.

а) Предоставленная власть

Мы имеем дело не с насильственной властью, а оказанием влияния на принятие решения. Это влияние в сегодняшнем мире занятости имеет повседневный характер. Здесь речь идет о ситуации, когда в каком-либо учреждении у конкретного индивида (потенциальный коррумпированный) имеется широкий ареал для принятия решения, или доступ к информации, т.е. ему вышестоящим органом или законодательством доверена конкретная сфера для принятия решений, что важно для постороннего лица (потенциального взяткодателя) и может быть использовано им.

б) Злоупотребление полномочиями

В различных странах и культурах фраза – злоупотребление полномочиями толкуется по-своему, так же как и по-разному может пониматься суть подарка и пожертвования. То, что допустимо в некоторых системах, как юридически, так и морально, может быть запрещено в других системах. Разница между лобизмом, с одной стороны, и коррупцией, с другой стороны, тоже оценочная категория, и со временем всё труднее проводить грань между ними. Также нельзя отождествлять коррупционные и нелегальные деяния, так как на основании многих примеров можно сказать, что деяние может быть легальным, но коррупционным и напротив, нелегальным, но некоррупционным. То же самое можно сказать и об отождествлении понятий «аморальный» и «коррупционный». Поэтому при толковании понятия «злоупотребление полномочиями» исходной точкой должен служить ареал полномочий и исследование того, реально ли соответствует деяние действующего лица той сфере интересов, в рамках которой ему дана возможность действия. Например, в Законе Грузии о несовместимости интересов и о коррупции на государственной службе, сказано: «коррупцией на государственной службе является использование должностным лицом должности или связанных с ней возможностей в целях извлечения запрещенных законом имущественных или иных благ, а также передача ему этих благ или способствование в их получении или узаконивании».³⁰ Как видно, «злоупотребление» здесь не упомянуто однозначно, а речь идет об использовании возможности, т.е. вполне допустимо, чтобы лицо действовало в рамках своих полномочий и всё-же считалось коррумпированным, так как негативно деяние оценивается впоследствии, по конкретным последствиям. Поэтому нужно предусматривать то, что в

дефиниции «коррупция» фраза – « злоупотребление полномочиями» возможно не сможет охватить все случаи коррупции.

в) Личная/частная выгода

Под этим понятием подразумевается как прямая личная, так и косвенная выгода, с материальной, денежной точки зрения: пожертвования в пользу партии, получение выгоды для своего региона, города, села. Под этим понятием подразумевается также нематериальная выгода, например стипендии, практики для собственных детей или для других членов семьи, и в любом вышеуказанном случае отвечать за коррупционное деяние придется конкретному лицу, а не им, ради которых оно действует (например, члену семьи). Для пресечения подобной практики, например, в Германии строго лимитирован или вовсе запрещен прием или преподнесение подарков. В таких случаях, возможно, потребуется предъявление подарков руководству и даже получение разрешения на принятие подарка. В то же время, нужно предусматривать частоту и интенсивность подобных фактов. Исходя из вышеотмеченного, крайне сложно провести грань между взяткой и обычным подарком, несмотря на многочисленные регуляции.

По Уголовному кодексу Грузии наказывается принятие чиновником запрещенного подарка,³¹ хотя кодекс не уточняет, что считается таким подарком. В то же время во втором пункте статьи 5 Закона Грузии о несовместимости интересов и о коррупции на государственной службе, читаем: «Суммарная стоимость подарков, полученных публичным служащим в течение отчетного года, не должна превышать 15 процентов, а подарков, полученных одновременно, – 5 процентов годового размера его должностного оклада, если эти подарки получены не из одного источника.» Предъявление подарков руководству и разрешение на их принятие предусматривает и законодательство Грузии: «Если публичный служащий или член его семьи после получения подарка установит, что стоимость подарка превышает допустимые настоящим Законом требования или (и) по определенным причинам невозможно было отказаться от подарка (подарок, полученный по почте, подарок, врученный публично), он обязан представить в Бюро публичной службы наименование полученного подарка, оценочную или точную стоимость/количество, указать имя и фамилию дарителя, а запрещенный подарок в течение трех рабочих дней передать юридическому лицу публичного права – Финансовому агентству.»³²

³⁰ Закон Грузии о несовместимости интересов и коррупции на публичной службе ст. 3(1) <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/33550.27.08.2015>.

³¹ УКГ. статья 340.

³² Закон Грузии о несовместимости интересов и коррупции на публичной службе, статья 52 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/33550.27.08.2015>.

В Законе Грузии о государственной службе читаем, что чиновник не вправе предлагать или получать какую-либо выгоду, связанную с его должностью на государственной службе, а также, «чиновнику запрещается получать подарок или услуги, которые могут повлиять на исполнение его служебных обязанностей».³³

2. Политическая коррупция

Под коррупцией чаще всего подразумевается именно «политическая коррупция». По мнению немецких учёных, политика – это принятие коллективного, обязательного решения для всеобщего блага.³⁴ Т.е. политическая коррупция прямо или косвенно связана с общим благосостоянием. Существуют установленные нормы относительно того, как применять или принимать вышеназванные решения, как должны действовать эти решения и какие лица или институции являются исполнителями решений. Исходя из этого, политическая коррупция может трактоваться как деяние, направленное против этих норм, в пользу личных (частных) интересов,³⁵ или такое деяние, которое, несмотря на то, что находится в рамках закона нормы, направлено на получение нецелевого дохода.³⁶ Это тот случай, когда в основе осуществлённого деяния лица, наделённого специальным государственным полномочием, лежат «ошибочные/неверные цели». Эти «ошибочные/неверные» цели часто отождествляются с «личной выгодой» чиновника, т.е. по этому соображению, коррупция налицо только тогда, когда чиновник использует свою компетенцию и прерогативы с целью получения личной выгоды, в особенности материальной выгоды».³⁷

Коррупция именуется политической тогда, когда действующие лица коррупции являются представителями политической элиты. Здесь речь идет не только о политиках в узком понимании, но и о высших иерархиях бюрократической системы. В данном случае задание дает общество, которое для защиты своих интересов наделило политиков определёнными полномочиями, а политики это задание не выполнили. Эта форма коррупции часто именуется как *state capture*, *grand corruption* или *legislative corruption*.³⁸ А частной коррупцией именуется тот случай, когда действующие лица (стороны) являются представителями частного сектора, хотя понимание коррупции на меж-

дународном уровне и борьба с ней ориентированы на государственный сектор, в частности на бюрократическую коррупцию, т.е. на вопросы взяточничества чиновников.³⁹

Несмотря на то, что понятия *grand corruption* и *legislative corruption* часто используются как синонимы, между ними всё же существует различие; а общность заключается в том, что в обоих случаях действующие лица принимают решения таким образом, что на первый взгляд, их коррупционные деяния якобы проистекают из их служебных прав и обязанностей и соответствуют интересам общего блага, но на самом деле действующие лица используют ареал их действий и правомочий для собственного благосостояния.⁴⁰

Grand corruption – как у каждого индивида, так и у представителей политической элиты имеются свои цели и они прилагают все усилия для их осуществления. Исходя из своей должности, они могут принимать такие экономические и социально-политические решения, или оказывать влияние на лиц и таким образом получать определённую выгоду.⁴¹ А в том случае, когда политикам сложно действовать так, чтоб их деяния соответствовали нормам, они начинают изменять установленные правила и нормы. Это приводит к *legislative corruption*, т.е. к «законодательной коррупции». Под этим подразумеваются деяния тех политиков, которые рассматриваются как представители законодательной ветви, то есть они могут изменять установленные нормы или влиять на законодательство. В этом случае вновь возникает проблема, является ли нелегальность характеристикой коррупции или её составной частью, так как мы видим, коррупционные деяния могут быть «легализованы», поэтому фраза – «злупотребление полномочиями», не всегда может пригодиться для понятия и дефиниции коррупции.⁴² Например, встречаются случаи, когда чиновник не действует противоправно и соблюдает все предписания, но взамен за это, без юридического и морального на то права, требует от граждан определённого вознаграждения.⁴³

Как уже было неоднократно отмечено, общее толкование или широкое понимание коррупции подразумевают злостное использование полномочий ради личной/частной выгоды. Здесь имеются в виду не только политические отношения, но и другие сферы общественных отношений, такие, как, например, экономика. То есть, исключительно широкое толкование

³³ Закон Грузии о публичной службе, статья 73⁴, пункт 1; статья 73⁵, пункт 1.

³⁴ S. Wolf, *Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung*, 2014, стр. 16.

³⁵ См. там же.

³⁶ B. Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, стр. 12.

³⁷ R. Zimmerling, in: U. v. Alemann (Hrg) *Dimensionen politischer Korruption*, 2005, стр. 78.

³⁸ M. Pott, *Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption*, 2012, стр. 19.

³⁹ G. Schuler, «Politikbewertung» als Handlungsform internationaler Institutionen, 2012, стр. 46.

⁴⁰ M. Pott, *Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption*, 2012, стр. 20.

⁴¹ См. там же.

⁴² M. Pott, *Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption*, 2012, стр. 19-21.

⁴³ Проф. Бернд Хаинрих, *Европейское уголовное право – М. Турава*, 2010 год, стр. 417.

непригодно для политической коррупции. Что касается узкого понимания политической коррупции, по своей сути оно более конкретно и находится ближе к уголовно-правовому пониманию коррупции, т.е. в этом случае коррупцией считаются деяния чиновников и политиков, которые злостно используют правомочия и действуют в собственных интересах с целью получения выгоды (материальной и нематериальной).

По социально-политическому толкованию коррупция понимается более широко, т.е. это злоупотребление предоставленными полномочиями в частных/личных интересах, вне зависимости от того, наказуемо ли в уголовном порядке это деяние. Здесь имеется в виду например, недобросовестность, служебный патронаж/протекция, nepотизм и др.⁴⁴ А в экономическом понимании в основе коррупции в основном лежат «обменные» отношения, т.е. одна сторона в соответствии с интересами другой вследствие нарушения проявленного к нему доверия совершает запрещенное деяние, взамен чего получает определенную прибыль;⁴⁵ т.е. запрещенное деяние взамен выгоды.

Можно выделить основные характеристики политической коррупции:⁴⁶

1. Злостное использование политической должности во благо конкретного лица или группы.
2. Нарушение государственных интересов должностным лицом.
3. Специфические «торговые» или «обменные» отношения (взаимовыгода).
4. Моральное падение.

В виде заключения должно сказать, что понимание коррупции как в узком, так и в широком понимании имеет как положительные, так и отрицательные стороны. В узком понимании коррупционные деяния описываются досконально исходя из конкретного случая, что как с практической, так и теоретической точки зрения имеет положительное значение, хотя тут существует опасность того, что деяния, которые на первый взгляд не воспринимаются как коррупция, могут быть обнаружены с трудом или вовсе не быть обнаружены.⁴⁷ А в широком понимании, напротив, коррупция охватывает множество граничащих и радикально различных сфер, что для полного определения содержания коррупции создаёт множество противоречий и является в какой-то степени абстрактным. Это плодотворный материал для научно-теоретических исследований, хотя для практики создаёт определенные трудности.

⁴⁴ B. Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, стр. 17-18.

⁴⁵ Bannenberg/Schaupensteiner, *Korruption in Deutschland*, 2004, стр. 24-25.

⁴⁶ B. Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, стр. 12.

⁴⁷ S. Wolf, *Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung*, 2014, стр. 20.

3. Уголовно-правовое понимание

Как в немецком, так и грузинском законодательстве ни понятие коррупции, ни сам термин «коррупция» не применяются. В обеих странах коррупция в правовом смысле ассоциируется в основном с должностными преступлениями и её уголовно-правовое понятие и толкование мы должны искать в составе каждого из этих преступлений. В первую очередь нужно отметить, что различают пассивную и активную коррупцию. При пассивной коррупции наказывается подкупленный чиновник, а при активной коррупции наказывается взяткодатель.⁴⁸ В Уголовном кодексе Грузии этих вопросов касаются следующие статьи: злостное использование служебных полномочий – статья 332; превышение служебных полномочий – статья 333, незаконное участие в предпринимательской деятельности – статья 337; получение/дача взятки – статья 338-339; торговля влиянием – ст. 339¹; получение запрещенного законом подарка – статья 340; служебный подлог – ст. 341. Субъектом этих преступлений в основном является чиновник или приравненное к нему лицо (исключением является например, торговец влиянием, который не должен быть чиновником, так как в противном случае мы не сможем применить статью 339¹). По законодательству «к числу чиновников на законодательной основе относятся только те лица, которые находятся на государственной службе, т.е. в органах государственного и местного самоуправления выполняют функции государственного служащего...» Возраст субъекта должностного преступления различен. По закону о государственной службе государственным служащим считается дееспособный гражданин после 21 года, а чиновником местного самоуправления – после 18 лет.⁴⁹

А по УК Германии коррупционным преступлением считаются: должностные преступления по §§331-335, §108b – подкуп избирателя, §108e – взяточничество лиц с политическим мандатом, §298 – соглашения, препятствующие конкуренции на конкурсах (тендерах), §§299-300 – взяточничество в бизнес-отношениях/тяжкие случаи взяточничества в бизнес-отношениях.

Как видно, уголовное право связывает с коррупцией только исключительные случаи и этим уменьшает наказуемость деяний. Уголовное право не касается таких вопросов, как, например, nepотизм, патронаж, протекция, лоббизм и т.д. Поэтому возникает вопрос, если уголовное право в полной мере не охватывает коррупционные деяния, достаточны ли уголовно-пра-

⁴⁸ Проф. Бернд Хаинрих, *Европейское уголовное право* – М. Турава, 2010 год, стр. 416.

⁴⁹ М. Леквишвили, авторский коллектив – *Особенная часть Уголовного кодекса II*, 2012, стр. 184; 187.

вовые нормы для борьбы против коррупции?⁵⁰ Вместе с тем, когда мы ищем единое понятие коррупции, применимое во всех сферах, нужно предусматривать и то, что должностные преступления, политическая коррупция и экономические деликты с правовой точки зрения защищают различные блага. Даже уголовно-правовые преступления имеют различные сферы защиты.⁵¹ Например, согласно §§331-335 УК Германии, сферой защиты должностного преступления является добросовестность государственной службы, или, другими словами, вера в неподкупность наделенного публичной функцией лица и в объективность государственных решений; в случае §108b/e подчеркивается принцип демократического равенства граждан, а также вера общества в неподкупность лиц, наделенных политическим мандатом и принцип о нормальном функционировании представительной системы; §298 защищает свободную конкуренцию; §§299-300 признает наказуемым активное и пассивное взяточничество в бизнес/экономической сфере с целью защиты здоровой конкуренции.⁵² Что касается законодательства Грузии, здесь всё проще, «объектом должностного преступления являются предусмотренные конституцией Грузии конституционный строй и общественные отношения в сфере публичного права, связанные с правильным функционированием государственного аппарата и его отдельных звеньев».⁵³ Несмотря на то, что у каждого преступления имеется собственное защищенное благо и толкование коррупции должно определяться по конкретным характеристикам состава каждого преступления, ясно, что в любом случае акцент ставится на нецелевое воздействие впоследствии злоупотребления полномочиями или/и на получении выгоды.

Возникает вопрос – возможно ли установить для коррупционных преступлений единое/общее благо правовой защиты и исходя из этого создать единый состав преступления? Противники этого соображения задают вопрос – почему должен зависеть вопрос наказуемости от конкретных (специфических) фактов? Например, если какое-либо деяние до этого являлось задачей государственного сектора и впоследствии приняло частно-правовой характер, что само собой исключает государственные служебные полномочия исполнителя деяния, почему должно это деяние пониматься и оцениваться по-разному? Например, чем отличается главный архитектор, который служить в ЮЛПП государственного органа, выполняет его задания, как представитель государ-

ственной сферы (с правовой точки зрения наделён государственными функциями) и берёт взятку, от того архитектора, который выполняет частный заказ, берёт нецелевую сумму и действует в соответствии с интересами взяткодателя? Или почему мы не считаем получением взятки факт, когда журналист берёт «взятку» и делает репортаж, который служит интересам взяткодателя?⁵⁴ Для решения этой проблемы, в первую очередь, нужно установить, что же является ядром неправомочности в случае коррупции? Т.е. что мы защищаем уголовно-правовыми нормами и что наказываем? Наказываем лицо за особенность, за отличность его правомочий, или осуждаем и наказываем лицо за совершение конкретного неправомочного деяния, которое подразумевается под широким пониманием понятия коррупции? Почему проводится грань по должностным критериям, когда неправомочность и последствия деяния с точки зрения защиты блага одни и те же? Должен ли ставиться акцент на последствиях деяния в общем, или скорее на конкретном вреде? И из каких компонентов должен состоять состав уголовного преступления? Например, по УК Грузии злоупотребление служебными полномочиями, их превышение или служебная халатность считаются наказуемыми только в том случае, если существует конкретный результат, в частности: существенное нарушение прав физического или юридического лица, законных интересов общества или государства.⁵⁵ Т.е., если нет такого нарушения, или нарушение несущественно, вышеназванные деяния должностного лица не будут наказуемы, т.е. не будут считаться коррупцией. В статьях, регулирующих взяточничество, не делается акцент на последствиях или нарушении подобных интересов, здесь только детально описаны те обстоятельства, которые вызывают наказание при получении или даче взятки.⁵⁶ В большинстве случаев в диспозициях должностных преступлений встречается один общий фактор, который подразумевает «цель получения выгоды для себя или для другого»,⁵⁷ и в этом случае эта выгода не может рассматриваться как сугубо материальная, денежная выгода, так как, как известно, возможно, но необязательно обогащение чиновника и напротив, материальная прибыль на

⁵⁰ B. Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, стр. 13.

⁵¹ B. Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, стр. 13-14.

⁵² Там же и так же StGB § 108; §§298-301; §§ 331-335.

⁵³ М. Леквишвили, авторский коллектив – *Особенная часть Уголовного кодекса II*, 2012, стр. 184.

⁵⁴ B. Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, стр. 14-15.

⁵⁵ УКГ, Тбилиси 2014, статья 332; 333 и 342.

⁵⁶ УКГ, Тбилиси 2014, статья 338:1. Получение или требование чиновниками или приравненными к ним лицами в прямой или косвенной форме денег, ценных бумаг, иного имущества, имущественной выгоды или какого-либо иного неправомочного преимущества, а равно получение предложений или обещаний в свою пользу или в пользу других лиц за осуществление или воздержание от осуществления этими чиновниками или приравненными к ним лицами каких-либо действий в пользу взяткодателя или иного лица, либо использование своего должностного авторитета для достижения аналогичных целей, а равно за осуществление ими служебного покровительства.

⁵⁷ УКГ, Тбилиси 2014, статья: 332; 338; 339; 339¹; 340; 341.

государственной службе не всегда может считаться коррупцией.⁵⁸

Основываясь на широком понимании коррупции, коррупционными деяниями должны считаться и такие преступления, как подкуп избирателя (УКГ, статья 164¹) и преступления с нарушением правил сбора доказательств (ст. 368-370, 372 УКГ). По уголовному кодексу Грузии субъектом в этом случае не является чиновник или приравненное к нему лицо, но если исходить из широкого понимания коррупции, любое деяние в частном или государственном секторе, связанное со злоупотреблением своих служебных обязанностей в соответствии со своими интересами, легко можно посчитать коррупцией и приписать его к числу коррупционных преступлений.

4. Мораль и этика

Социология, социальная психология или этнология/антропология не ограничивают понимание коррупции лишь нарушением политических и кодифицированных норм, а видят в ней общую форму социального деяния, где оно (деяние) на основании ожиданий и оценок индивидуального социального окружения подразумевает расхождение реального и ожидаемого деяния.⁵⁹ С этой точки зрения коррупция является разрушением социальных норм в каком-либо социальном объединении, т.е. факт, направленный против ожиданий.⁶⁰

Выходит, что коррупционное деяние – это отклонение от «нормального» ожидания, т.е. мы имеем дело с действием с «отклонением/изъяном». По мнению социологов, социальная интеграция всегда связана с её противоположной стороной, по их же мнению, интеграция самих асоциальных, аморальных и патологических деяний имеет для общества функциональное значение. Эти проступки ущемляют как чистые, так и банальные убеждения, но вместе с тем усиливают не только эти убеждения, но и единство общества, в его стремлении лучше сохранить их.⁶¹

Существует радикальное соображения Альфонса Зильбермана: «Все люди аморальны. Мы видим, что коррупция как социальное деяние никогда не стоит в стороне от нас, как изолированный феномен, а её результат, такой как коррумпированность единиц или множества людей, в первую очередь, обусловлен и допущен/разрешён элементами социально-культур-

ного окружения, где большую роль играют политические, социальные, экономические, административные, культурные, религиозные, воспитательные ценности, а также традиционные факторы».⁶²

По этому соображению все мы потенциально коррумпированы, если предусматривать и то, что в повседневной жизни у каждого индивида имеется свой взгляд на мораль и каждый по-своему проводит её в жизнь или защищает её.⁶³ Эти мораль и аморальность изменчивы, соответственно, меняются и нормы. Хотя отождествлять коррупцию, мораль и деяние с отклонением/изъяном друг с другом недопустимо.

При превращении случаев коррупционных деяний в скандал и с уголовно-правовым санкционированием, со стороны действующих лиц все ещё не имеет место негативное восприятие вопроса. Напротив, их деяние в основном объясняется легальными действиями, дружеской помощью, вежливым отношением и т.д. То есть коррупция не воспринимается как деяние с отклонением, изъяном или как аморальный факт, а напротив, как толерантное деяние.⁶⁴ По пониманию действующих лиц они вовсе не совершают аморальный или неэтический поступок, а оказывают помощь другим людям. Хотя, оправдываться таким образом не всегда получается, например, при самокоррупции невозможно сказать, что исполнитель действует во благо других, так как тут в основном на передний план выступают его частные/личные интересы.

При обсуждении содержания коррупции устанавливается, что здесь имеет место разграничение норм и интересов государственного и частного секторов, их противостояние. Соответственно, в классических политических учениях при анализе коррупции часто указывается на то, что в данном случае происходит обесценивание, игнорирование государственных и общественных интересов/благополучия; понятие коррупции многосодержательно и понимается как разрушение государственных институций и общественного и политического порядка. А причиной этого называется «приватизация значения морали», «неравенство богатства, статуса и власти», «разрозненность фракций», а также инструментализация государственных институций, как «орудия групп и классов».⁶⁵ Соответственно, аморальными и неэтичными должны признаваться такие деяния, которые направлены против общественного интереса и порядка.

⁵⁸ R. Zimmerling, in: U. v. Alemann (Hrg) Dimensionen politischer Korruption, 2005, стр. 80.

⁵⁹ U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 267.

⁶⁰ Billitz/Lück, Sozialpsychologische Thesen zur Korruption, in: Psychologie heute, Heft 9/1977, стр. 19-21, см. U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 268.

⁶¹ U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 268.

⁶² A. Silbermann, Wenn Menschen sich bestechen lassen, in Psychologie heute, Heft 9/1977, стр. 15-21, см. U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 268.

⁶³ См. сноску 49.

⁶⁴ U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 269.

⁶⁵ P.J. Dobel, The Corruption of a State, in: American Political Science Review 72 (1978), стр. 958-978; см. U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 269.

В соответствии с вышерассмотренным можно заключить, что коррупция – это негативное для общества, аморальное явление, подразумевающее неоправдание надежд общества со стороны государственных структур и чиновников. А эта надежда в какой-то мере основывается на существующих в обществе ожиданиях, что чиновники и приравненные к ним лица будут действовать в соответствии с правовыми и общественными нормами и, в первую очередь, в рамках морали и этики. Хотя как уже было отмечено, мораль и этика всё же вопрос индивидуальный и в этом конкретном случае сложно рассматривать коррупцию лишь в этом ракурсе. Приведём простой пример, из двух прохожих первый окажет помощь просящему милостыню, а второй пройдет мимо, посчитав, что это не его проблема и каждый должен сам о себе заботиться. Оба по-своему правы и с ними не поспоришь, то есть их понимание морали и этики различно. Также можно рассматривать вопрос морали и этики в историческо-традиционно-культурном контексте. Например, вспомним события, происходящие во времена Второй мировой войны, когда представители тогдашней власти безжалостно расправлялись с евреями, что было вполне приемлемо в том политическом и управленческом пространстве. В противовес этому знаменитый Шиндлер спас от смерти тысячи евреев путём коррупционных сделок с правящими кругами, т.е., для той власти его деяние являлось преступлением. Сегодня же пересматривая эти события, видим, что Шиндлер заслужил статус героя а тогдашние жестокие солдаты были осуждены на Нюрнбергском процессе. Поэтому, когда речь идёт о морали и этике, всегда нужно предусматривать политический контекст и форму управления страны, устоявшиеся традиции и ряд других аспектов, способствующих формированию сознания и нравственности человека.

III. Негативные последствия коррупции

Как уже было не раз сказано, коррупция, в первую очередь, вредит и уничтожает доверие общества к государственному аппарату, рождает в обществе чувство недоверия к чиновникам и в итоге чем чаще встречаются случаи коррупции, тем больше укрепляется в обществе «нормальное» отношение к этому негативному деянию, особенно тогда, когда государство и правозащитные органы не реагируют на подобные факты. Соответственно, формируется синдром безнаказанности и к коррупции, как характеристике функционирования государства, в обществе появляется примирительное отношение.

Хотя большие масштабы коррупции наносят вред не только потому, что уменьшают и/или уничтожают доверие граждан к политике и бюрократическому

аппарату, но здесь в большинстве случаев выходят на передний план и экономические факторы: раньше существовало соображение, что коррупция приносит даже пользу, но сегодня это соображение отвергнуто и однозначно признано, что коррупция ведёт к беспорядку и хаосу в государстве. Коррупцированный чиновник замедляет свой рабочий темп, чем делает более «необходимым» предложение ему суммы или другой выгоды.⁶⁶ Соответственно государственный аппарат непродуктивен и всё это отражается на экономической системе. В коррупцированной политической и экономической среде проблематичны инфраструктурные проекты, инвестиции и другие экономические факторы, например, когда один инвестор сталкивается с коррупцией в государственных структурах, у него пропадает желание инвестировать в дальнейшем или, напротив, он и сам начинает играть по этим правилам и естественным образом создаётся определённая криминальная сеть. К этому добавляется нанесение ущерба репутации в среде инвесторов и в международном масштабе, что делает экономику ещё более уязвимой и препятствует её развитию.

Вместе с тем, нужно подчеркнуть и тот факт, что не так уж просто доказать материальный вред, причинённый должностными лицами. И большинство коррупционных преступлений не влекут за собой финансовый вред, во всяком случае прямой. Например: выдача административного разрешения или воздержание от какого-либо административного деяния (напр. контроль) или соглашение вследствие нарушения правил конкурса. Эти случаи не всегда вызывают финансово измеримые отрицательные фискальные последствия, и всё, что может произойти в этом случае, это потеря доверия к чиновнику или другие подобные негативные последствия.⁶⁷

IV. Заключение

Исходя из всего вышесказанного можно заключить, что понятие коррупции, как единого и приемлемого для всех сфер понимание, сложно устанавливаемо. Здесь мы имеем дело с таким феноменом, который не принадлежит однозначно ни одной отрасли науки. У социологии, политологии, экономики, уголовного права, психологии имеются различные взгляды и понимание содержания коррупции. Хотя, бесспорно, видна схожесть взглядов в различных отраслях. В первую очередь, это действующее лицо, наделённое иными полномочиями, нежели другие (будет это представитель государственного сектора или частного сектора), далее, это отношение действующее

⁶⁶ J. G. Lambsdorff, in: U.v. Alemann (Hrg) Dimensionen politischer Korruption, 2005, стр. 233.

⁶⁷ PwC, Kriminalität im öffentlichen Sektor 2010, стр. 20.

щего лица к деянию, т.е. тут подразумевается тот фактор, что действующее лицо свои особенные полномочия использует нецелесообразно. Следующая общность заключается в том, что использование полномочий происходит с целью получения прибыли (для себя или для других) и не вызывает сомнений и то, что под выгодой не всегда подразумевается материальная выгода. Общей характеристикой можно считать и то, что коррупционное деяние прямо или косвенно связано с общественными интересами. Если деяние направлено против общественных интересов, тогда связь прямая, но если коррупционное деяние не оказывает прямого влияния на общественные интересы и осуждение деяния происходит лишь с моральной или этической точки зрения, тогда имеем дело с непрямой связью.

Едино представление и о том, что коррупция – это негативное, ненормальное, аморальное явление, что, со своей стороны, заслуживает осуждения и наказания. В зависимости от того, в каких отношениях, в каком виде и в каких формах встречается коррупция, подход к ней различен: если коррупционные деяния уместаются в формате уголовных преступлений, тогда и наказание определяется уголовным кодексом, если деяние характерно только для экономических отношений, здесь вопрос решается согласно внутреннему распорядку соответствующих организации и т.д. Что касается того, какой вред может наносить коррупция, это не всегда легко установить. В первую очередь, коррупция наносит удар доверию общества к государственному управлению, чувству справедливости и объективности, препятствование здоровой конкуренции также можно причислить к последствиям коррупции, а с другой стороны, имеет место и материальный вред, например в случае ухудшения экономического положения.

В случае коррупции одним из важных факторов является категоричное моральное осуждение коррупционных деяний как патологии политики, которая влечёт дисфункциональность и деструктивность правления.⁶⁸

Неопределённость дефиниции коррупции приводит к тому, что она предстаёт как универсальная метафора в форме незаконного, аморального деяния. Это лишний раз доказывает, что понимание коррупции зависит от различного или конкретного периода, места (конкретного государства) и от личностей.⁶⁹

В итоге, можно сказать, что самое приемлемое толкование коррупции – это то простое и широкое определение, которого придерживается и Transparency International: коррупция – это злоупотребление доверенным полномочием ради личной выгоды, под кото-

рой подразумеваются различные проявления и сферы коррупционных деяний. Хотя, вопрос, насколько должно быть «злоупотребление» составной частью понятия, остаётся открытым (спорным). Было бы правильным подчеркнуть нецелесообразное использование полномочий, так как деяние любого лица, связанное с его должностью, будь то в государственном или частном секторе, исходя из его позиции, должно служить конкретной цели, соответственно, уклонение от этой цели с намерением получения личной выгоды (а не деяние против цели во всех случаях) должно считаться коррупцией. Таким образом, точное толкование содержания коррупции остается одной из значительных задач. Исходя из того, что самой распространенной формой коррупции является именно политическая коррупция, которая вредит государству, как и его функциональной состоятельности, также его демократичности и справедливости, на международном уровне активно осуществляется сотрудничество против этого негативного явления как с практической, так и научной точки зрения.

⁶⁸ U. von Alemann/K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, стр. 270.

⁶⁹ F. Schön, Wie eine Hand die andere wäscht, 2011, стр. 15.

Некоторые проблемы совершенствования законодательства, устанавливающего ответственность за преступления, направленные против жизни человека

I. Введение

В представленной статье обосновывается необходимость совершенствования некоторых правовых предписаний уголовного законодательства Республики Армения, устанавливающих ответственность за преступления, направленные против жизни человека.

В этом контексте представляется структура рассматриваемых преступных деяний по действующему уголовному законодательству РА, а также общая характеристика и особенности уголовно-правовой квалификации отдельных видов указанных преступлений. Кроме этого, в статье обосновывается необходимость конкретизации и уточнения соответствующих правовых предписаний.

В заключении подытоживаются основные предложения автора, направленные на совершенствование действующего уголовного законодательства РА.

II. Структура преступлений против человека по Уголовному кодексу Республики Армения

Объектом любого преступления являются соответствующие общественные отношения, которые возникают и разворачиваются в связи с определенными социальными ценностями (благами), интересами отдельного человека, общества и государства. В роли субъектов (участников) указанных отношений, в конечном итоге, всегда выступают люди. Следовательно, можно заключить, что каждое преступление в конечном итоге нарушает интересы определенного человека или определенной группы людей, причиняет им существенный вред или создает угрозу причинения такого вреда.

Одновременно существует группа преступных деяний, при которых именно человек выступает в ка-

честве главного и основного объекта общественно опасных посягательств. Последние предусмотрены в главе 7 Уголовного кодекса Республики Армения (далее – также УК РА), которая озаглавлена «Преступления против человека». Родовым объектом этих преступлений являются общественные отношения, направленные на защиту нормальной жизнедеятельности человека. Кроме этого, данный раздел включает указанные в законе определенные видовые объекты, по которым рассматриваемые преступления в УК РА подразделяются на следующие группы:

- 1) преступления против жизни и здоровья (глава 16);
- 2) преступления против свободы, чести и достоинства личности (глава 17);
- 3) преступления против половой неприкосновенности и половой свободы (глава 18);
- 4) преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина (глава 19);
- 5) преступления против интересов семьи и ребенка (глава 20).

В рамках настоящей статьи, как уже отмечалось, будет проводиться анализ правового регулирования, устанавливающего ответственность за преступные деяния, входящие в первую из вышеупомянутых групп (за преступления против жизни).

III. Преступления против жизни и здоровья человека

В соответствии с нормами Особенной части Уголовного кодекса РА, под преступлениями против жизни и здоровья следует понимать преступные деяния, направленные на лишение человека жизни или причинение вреда его здоровью. Упомянутые преступления, как уже отмечалось, предусмотрены в главе 16 УК РА.

Видовым объектом рассматриваемых преступлений являются такие важнейшие блага, как жизнь и здоровье человека. Последние подразделяются на две группы: 1) преступления против жизни и 2) преступления против здоровья. Исходя из особенностей непосредственного объекта, однако, преступления против жизни и здоровья человека более целесообразно подразделять на следующие три группы:

- 1) преступления против жизни,
- 2) преступления против здоровья;
- 3) преступления, одновременно посягающие на жизнь и на здоровье.

Целесообразность такой классификации обусловлена тем, что в данном случае происходит более наглядное и четкое разграничение непосредственных объектов преступлений против жизни и здоровья человека. Следовательно, с точки зрения совершенствования действующего Уголовного кодекса РА, ду-

¹ Профессор Кафедры уголовного права Ереванского государственного университета, начальник Отдела по совершенствованию организации следственных работ Специальной следственной службы Республики Армения, доктор юридических наук.

маем, что эти преступления следует предусмотреть в трех самостоятельных главах, соответствующих названной классификации.

1. Преступления против жизни человека

Во всех передовых государствах мира уголовно-правовой защите подлежит жизнь каждого человека, независимо от пола, возраста, физических особенностей и моральных качеств, состояния здоровья и т. п. Этим принципом руководствуется все цивилизованное человечество. Более того, в настоящее время даже приговоренный к смертной казни (в тех странах, где данная мера наказания еще действует) в определенной мере имеет право на защиту своей жизни. Так, его не может лишить жизни лицо, не имеющее специальной подготовки (не являющееся палачом), и даже палач, но вне тех условий, которые специально предусмотрены законом для приведения смертного приговора в исполнение².

Дело в том, что жизнь человека является благом, данным свыше, фундаментальной социальной ценностью. Последствия преступлений против жизни не подлежат восстановлению или возмещению. Жизнь человека нецензурна, а ее утрата – безвозвратна. Этим обусловлена большая общественная опасность преступлений против жизни.

Между тем, никто не знает и не может узнать, сколько людей было убито в мире со времен Каина. Большинство людей, к счастью, очень редко сталкивается с убийствами, убийцами и убитыми, в основном черпая представления об этих печальных вещах из средств массовой информации, художественных фильмов и литературных источников. Более того, невозможно четко указать также число людей, в действительности ставших жертвами убийств в нашей стране в текущем году. Поэтому, с незапамятных времен убийство было и остается самым тяжким преступлением против человека, в борьбе с которым особая важность придается мерам уголовно-правового воздействия.

В Уголовном кодексе РА законодатель предусмотрел следующие четыре вида преступлений против жизни: 1) убийство, 2) причинение смерти по неосторожности, 3) доведение до самоубийства и 4) склонение к самоубийству. Кроме этого, в Кодексе предусмотрены также разные виды убийства: 1) убийство без отягощающих и смягчающих обстоятельств, так называемое простое убийство (часть 1 статьи 104), 2) убийство при отягощающих обстоятельствах (часть 2 статьи 104) и 3) убийство при смягчающих обстоятельствах (статья 105 – убийство, совершенное в состоянии сильного душевного волнения; статья 106 –

убийство матерью новорожденного ребенка; статья 107 – убийство при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление; статья 108 – убийство при превышении пределов необходимой обороны).

При этом, все вышеупомянутые случаи убийства отличаются субъективной направленностью деяний. В связи с этим еще в 70-е годы XX века профессор М. Д. Шаргородский справедливо отмечал, что даже с лингвистической точки зрения неверно применение таких выражений, как неосторожный убийца или поджог по неосторожности. Дело в том, что совершение убийства или поджога, согласно автору, возможно только умышленно, а по неосторожности – можно лишь причинить смерть или вызвать пожар³, с чем однозначно надо согласиться.

Следует также отметить, что при определении объекта преступления против жизни человека особое внимание необходимо уделить следующему обстоятельству: лишить жизни можно только живого, а не умершего человека. С уголовно-правовой точки зрения, жизнь существует в тот период, когда человек родился и еще не умер, то есть – продолжает жить. В противном случае можно говорить всего лишь или о неоконченном посягательстве на жизнь (покушении на убийство), или об ином преступлении. Между тем, в медицине, в отличие от уголовно-правового восприятия, начало жизни связывается не с рождением человека, а с фактом оплодотворения.

Исходя из вышеупомянутого, особая важность должна придаваться вопросу четкого определения начального и конечного моментов жизни человека. В юридической литературе, как правило, выражается мнение, что начальным моментом жизни следует считать начало процесса физиологических родов. Тем не менее, указанная позиция нуждается в уточнении. Дело в том, что роды, в качестве определенного физиологического процесса, состоят из трех последовательно чередующихся основных этапов. Первый из них сопровождается родовыми схватками, которые возникают вследствие сокращения мышц матки. Второй этап начинается с выталкивания плода из матки и заканчивается непосредственно самими родами, когда ребенок, отделившись от матки, начинает самостоятельно дышать и издает первый крик. Третий этап родов, суть которого заключается в отделении плаценты, с уголовно-правовой точки зрения не имеет никакого принципиального значения.

Следовательно, в соответствии с преобладающим в юридической литературе подходом, говоря о начальном моменте жизни человека, с уголовно-правовой точки зрения следует понимать начало родовых

² См. также: Антонян Ю.М. Психология убийства. М.: Юристъ, 1997, стр. 38.

³ См.: Курс советского уголовного права. Часть Особенная. Т. 3. Л., 1973, стр. 478.

схваток. Последний же не может являться равноценным начальному моменту внематочного самостоятельного существования ребенка (отделению от матки матери, началу самостоятельного дыхания)⁴. В противном случае не может квалифицироваться как убийство, например, нанесение ударов по голове выталкиваемого из матки матери ребенка, с целью лишить его жизни, с чем нельзя согласиться. Тем не менее, в целях разрешения данной проблемы, на мой взгляд, следует законодательно установить начальный этап жизни человека с уголовно-правовой точки зрения. Дело в том, что Уголовный кодекс должен по возможности более детально урегулировать спорные вопросы, дающие повод для разногласий в подходах и во мнениях.

В науке уголовного права более спорным является вопрос определения конечного момента жизни человека. В настоящее время, по мнению подавляющего большинства специалистов, концом жизни человека является момент наступления биологической смерти, когда начинается необратимый процесс разложения клеток головного мозга. Это обусловлено тем, что современная медицина достигла такого уровня развития, когда стала возможной реанимация сердца даже в течение нескольких часов после его остановки. Более того, в настоящее время возможна трансплантация сердца человека. Однако, если кора головного мозга не будет функционировать в течение 5-7 минут, реанимация человека станет невозможной.

С точки зрения окончательного разрешения этого спорного вопроса важное значение имеет принятие Национальным Собранием Республики Армения 16 апреля 2002 года закона “О трансплантации органов и (или) тканей человека”. Согласно статье 8 указанного закона “Органы и (или) ткани для целей трансплантации могут изыматься у трупа после констатации факта смерти мозга человека”. В соответствии со статьей 1 того же закона: “Смерть мозга – полное и необратимое прекращение жизнедеятельности головного мозга, которое констатируется в условиях работающего сердца и искусственной вентиляции легких. Смерть мозга равносильна смерти человека”.

Таким образом, объектом рассматриваемых преступлений является жизнь человека как форма социально-биологического существования, которая начинается с начального момента процесса родов и заканчивается биологической смертью – необратимым разложением клеток головного мозга.

Объективная сторона преступлений против жизни характеризуется как действием, так и бездействием. Действие как форма проявления активного поведения может выражаться в виде как физического

(нанесение травм, ударов, удушение и прочее), так и психического (внезапное запугивание лица, страдающего заранее известным преступнику сердечным заболеванием и прочее) воздействия на потерпевшего, в результате которого тот умирает. Уголовная ответственность за причинение смерти бездействием наступает только в таких строго определенных случаях, когда субъект не действует, однако мог и обязан был действовать.

Кроме этого, рассматриваемые преступные деяния причисляются к преступлениям с материальным составом. То есть, наступление соответствующего последствия (смерти пострадавшего) обязательно для квалификации деяния в качестве оконченного преступления. Следовательно, необходимым условием квалификации рассматриваемых преступлений является также наличие причинной связи между преступным деянием и наступившим общественно опасным последствием.

С субъективной стороны преступления против жизни характеризуются как умышленной, так и неосторожной формой вины. Мотивы и цели рассматриваемых преступлений имеют значение для уголовно-правовой квалификации только в тех случаях, когда они специально предусмотрены в диспозиции конкретной нормы Особенной части УК РА. В то же время указанные признаки субъективной стороны преступления имеют важное значение для назначения виновному справедливого наказания даже в тех случаях, когда таковые непосредственно не предусмотрены в соответствующей статье.

Субъектом рассматриваемых преступлений является любое вменяемое физическое лицо, к моменту совершения преступления достигшее 14-летнего возраста, за исключением преступных деяний, предусмотренных статьями 109 (причинение смерти по неосторожности), 110 (доведение до самоубийства) и 111 (склонение к самоубийству) УК РА, в случае которых лицо подлежит уголовной ответственности с 16 лет.

2. Убийство без отягчающих и смягчающих обстоятельств

В действующем Уголовном кодексе РА дано законодательное определение убийства. В частности, согласно части 1 статьи 104 УК РА, убийство – это противоправное умышленное лишение жизни другого человека. Из данного определения следует, что по смыслу уголовного закона убийством не может считаться ни самоубийство или покушение на него, ни умышленное лишение жизни другого человека в рамках закона, ни причинение другому лицу смерти по неосторожности.

Что касается самоубийства или покушения на него, то они сами по себе не являются преступными деяниями. Следовательно, не могут считаться уголовно

⁴ См. также: Уголовное право. Особенная часть / Под ред. А.И. Рапога. М., 1996, стр. 15.

наказуемыми и случаи пособничества самоубийству, а также подстрекательства к самоубийству. Эти деяния могут быть осуждены только с моральной точки зрения, если, конечно, отсутствуют признаки таких составов преступления, как доведение до самоубийства и склонение к самоубийству.

Деяние, предусмотренное частью 1 статьи 104 УК РА, в теории уголовного права принято называть простым убийством, так как в данном случае отсутствуют как предусмотренные частью 2 той же статьи отягчающие, так и предусмотренные статьями 105-108 УК РА смягчающие обстоятельства. Следовательно, деяние может быть квалифицировано по части 1 статьи 104 УК РА только в том случае, когда выяснится, что в нем не имеются ни отягчающие, ни смягчающие убийства обстоятельства, предусмотренные в специальных нормах. Таким образом, выявление всех обстоятельств убийства является одним из важнейших условий разграничения отдельных видов этого деяния, а также четкой квалификации каждого из них.

В то же время норма, предусмотренная частью 1 статьи 104 УК РА, является общей для других норм, предусматривающих ответственность за убийство. Она включает все возможные случаи убийства, за исключением особо выделенных. Иначе говоря, несмотря на то, что понятие рассматриваемого преступления дается именно в части 1 статьи 104 УК РА, невозможно полностью очертить границы простого убийства без анализа его отягчающих и смягчающих обстоятельств. То есть, для квалификации деяния как простого убийства необходимо применение способа исключения других видов убийства.

Возможный круг случаев убийства, предусмотренного частью 1 статьи 104 УК РА, довольно широк. В правоприменительной практике, однако, как простое убийство наиболее часто квалифицируются деяния, которые совершаются во время драки или по мотивам ревности или мести. Случаи убийств, подлежащих квалификации по части 1 статьи 104 УК РА, совершаемых в иных обстоятельствах или по иным мотивам, довольно редки.

А. Драка – это обоюдное физическое воздействие противоборствующих людей, имеющее место для разрешения возникшего спора или конфликта. Целью ее, по существу, является нанесение противнику побоев, а не лишение его жизни. Следовательно, если драка перерастает в убийство, то более целесообразно применение выражений “убийство, совершенное во время драки” или “убийство, совершенное на почве ссоры”. При этом, последнее обычно квалифицируется по части 1 статьи 104 УК РА. Однако, значение указанных обстоятельств в вопросе квалификации деяния как простого убийства нельзя переоценивать. Взятые в отдельности, драка или ссора никогда не

могут считаться основанием для квалификации убийства исключительно по части 1 статьи 104 УК РА. По делам об убийствах вообще и об убийстве, совершенном во время драки или на почве ссоры, в частности, прежде всего необходимо выяснение действительных мотивов деяния, а также всех тех обстоятельств, которые могут иметь определенное значение для четкой квалификации данного деяния. Иными словами, необходимы всесторонний, объективный и полный анализ всех данных по делу, выявление действительных мотивов и иных обстоятельств, а никак не – лишь удостоверение в наличии факта драки или ссоры.

Драка, например, может являться результатом таких провокационных действий потерпевшего (противоправных или аморальных), которые могут привести к совершению убийства в состоянии сильного душевного волнения (физиологического аффекта). В этом случае деяние должно быть квалифицировано не по части 1 статьи 104, а по статье 105 УК РА. Кроме этого, возможна ситуация, когда одна из участвующих в драке сторон (будущий потерпевший) нападает, а другая (причиняющая вред) защищается. При квалификации деяния в подобной ситуации следует учитывать также особенности института необходимой обороны. В частности, если выяснится, что допущено превышение пределов необходимой обороны, деяние должно быть квалифицировано по статье 108 УК РА.

Б. Убийство из ревности также является одним из сравнительно распространенных видов простого убийства. Ревность вообще является многосодержательным, сложным, в некоторых случаях даже непонятным чувством. Ревность, как недоверие, подозрение, проявляемое в отношении верности, любви, преданности, может проявляться не только в отношении супруга (супруги) или сожителя (сожительницы), но и родителей, детей, друга и любого другого любимого существа. Судебной практике известны также убийства, совершенные по так называемым мотивам детской ревности, когда брат или сестра лишаются жизни по той причине, что родители относились к ним “лучше”, чем к их сестре или брату (убийце).

При этом, как ревность, так и месть и другие подобные побуждения, которые не предусмотрены частью 2 статьи 104 УК РА в качестве обстоятельств, отягчающих убийство, с точки зрения уголовно-правовой оценки не могут иметь самостоятельное, решающее значение. То есть, убийства, совершенные по мотивам ревности, мести и других подобных побуждений не всегда должны однозначно квалифицироваться по части 1 статьи 104 УК РА. В частности, изучение судебной практики показывает, что зачастую при совершении убийства мотивы ревности могут сопрягаться с хулиганскими побуждениями. В подобных случаях, конечно, деяние безоговорочно должно квалифици-

роваться по пункту 10 части 2 статьи 104, а не по части 1 статьи 104 УК РА. В то же время не может быть квалифицировано как совершенное из хулиганских побуждений убийство, которое имело место чисто по мотиву ревности и не сопровождалось проявляемым преступником откровенным неуважительным отношением к обществу. Следовательно, при квалификации подобных деяний необходимо руководствоваться принципом юридической оценки всей цепи действий преступника, а не отдельных ее звеньев.

Так, например, убийство из ревности может иметь место также в состоянии сильного душевного волнения, внезапно возникшего вследствие аморального поведения потерпевшего. В подобных случаях деяние должно квалифицироваться по статье 105 УК РА, то есть, как убийство, совершенное при смягчающих обстоятельствах.

В. Одним из сравнительно распространенных видов простого убийства является также убийство, совершенное по мотиву мести. Сущность мести состоит в психической потребности «отплатить» причинившему зло лицу, причинить ему вред. Убийство с такой мотивацией содержит в себе элементы самосуда, так как преступник, вместо обращения в соответствующие органы, в целях защиты своих интересов сам «наказывает» обидевшее его лицо, причинившее ему боль.

Месть в качестве мотива убийства может возникнуть вследствие как законных, так и незаконных, а также как приемлемых, так и осуждаемых с моральной точки зрения действий потерпевшего. С уголовно-правовой точки зрения мотив мести, возникающей вследствие законных и незаконных действий, оценивается различным образом. В частности, убийство лица или его близкого по мотиву мести за осуществление этим лицом служебной деятельности или выполнение им общественного долга является убийством при отягощающих обстоятельствах, которое квалифицируется по пункту 2 части 2 статьи 104 УК РА. В то же время убийство по мотиву мести государственного, политического или общественного деятеля, с целью прекращения его деятельности, квалифицируется по статье 305 УК РА.

Г. В уголовно-правовой теории выделяются также такие виды простого убийства, как совершенное по согласию потерпевшего, некрофильское убийство (убийство ради убийства), ритуальное убийство, которые редко встречаются в судебной практике.

Лишение жизни потерпевшего по его согласию или просьбе, согласно действующему Уголовному кодексу РА, не может считаться обстоятельством, исключаящим преступность деяния, и являться основанием для освобождения от уголовной ответственности. Это преступление оценивается законодателем как убий-

ство без отягощающих и смягчающих обстоятельств. Оно включает следующие две основные разновидности:

- 1) так называемое убийство по договоренности, когда два человека приходят к соглашению о совместном уходе из жизни, а затем один из них, предварительно лишив жизни другого, отказывается от совершения самоубийства;
- 2) убийство по согласию потерпевшего из сострадания, основанием которого может являться, скажем, неизлечимая болезнь последнего, которая сопровождается непереносимыми страданиями; смертельная травма, несущая угрозу неминуемой и мучительной смерти, и прочее.

Рассматривая данный вид простого убийства, невозможно не обратить внимание на проблемы, связанные с эфтаназией. Сущность последней заключается в том, что лицо (в том числе, врач) причиняет смерть, чтобы избавить от ненужных тяжких страданий неизлечимо больного, что может быть совершено и по просьбе последнего. Существуют активная и пассивная формы эфтаназии. В случае первой понимается совершение какого-либо действия (например, инъекция смертоносного препарата), которое ускоряет смерть человека. Сущность пассивной формы эфтаназии заключается в том, что не предпринимаются меры, необходимые для жизнеобеспечения тяжело больного.

В подобных случаях также имеет место убийство, поскольку ни один человек не вправе решать, прекращать жизнь больного или нет. Более того, в случаях, когда такое совершается врачом, он превращается в свою противоположность, поскольку обязан принимать все возможные меры для лечения больного, продления его жизни, а не для ее пресечения. При этом не исключается, что даже врачи, имеющие высокую квалификацию, могут ошибиться в вопросе диагностики неизлечимости болезни.

Кроме того, если даже предположить позволительность лишения жизни в случае неизлечимого тяжелого заболевания (со стороны кого бы то ни было и из самых гуманных соображений), то практически очень трудно, а зачастую почти невозможно определить ту грань, за которой человек однозначно обречен болезнью на смерть. Причем преступник при желании может с легкостью сдвинуть эту грань в выгодную ему сторону, тем самым способствуя увеличению количества ошибок, и без того часто встречающихся в судебной практике по делам об убийствах.

Тем не менее, еще не найден однозначный окончательный ответ на вопрос: что лучше – жизнь, переполненная постоянными страданиями и мучениями, или безболезненная смерть? В связи с проблемой эфтаназии продолжают оставаться открытыми также сле-

дующие вопросы: должно ли рассматриваться право на жизнь в качестве обязанности человека жить, и возможен ли его добровольный отказ от этого права?

Видимо именно указанные обстоятельства стали причиной того, что в мире делались многочисленные попытки узаконить эфтаназию, в результате которых в начале 1990-х годов в более чем сорока государствах мира были приняты законы, позволяющие дееспособным личностям составлять так называемые «завещания о жизни». Суть последних состоит в том, что врачи получают полномочия и инструктируются относительно отказа от применения искусственных систем жизнеобеспечения, если эти личности будут страдать тяжкими, неизлечимыми заболеваниями. Указанными правовыми актами, по существу, была узаконена пассивная эфтаназия.

Впоследствии (10 апреля 2001 года) парламент Нидерландов абсолютным большинством голосов принял закон, допускающий как пассивную, так и активную эфтаназия, которым одновременно предусматриваются строгие требования к порядку ее осуществления.

Однако, согласно статье 23 Закона РА «О медицинской помощи, обслуживании населения» 1996 года: «В Республике Армения запрещается эфтаназия – ускорение по просьбе больного его смерти какими-либо действиями и средствами. Лица, осознанно побуждающие больного к эфтаназии или осуществляющие ее, несут ответственность в порядке, установленном законодательством Республики Армения».

В то же время, выступая против узаконивания эфтаназии, трудно согласиться с причислением ее к разновидности простого убийства (то есть – к особо тяжкому преступлению). Ведь в данном случае имеются объективные и субъективные обстоятельства (неизлечимая болезнь потерпевшего, обусловленные этим его физические и душевные страдания и муки, цель преступника – прекратить их, мотив сострадания), которые существенным образом уменьшают общественную опасность преступления и являются основанием предусмотренного для этого деяния более мягкой ответственности. Следовательно, в УК РА эфтаназия, то есть ускорение смерти неизлечимого больного по его просьбе и в целях освобождения его от страданий, следует квалифицировать как убийство, совершенное при смягчающих обстоятельствах.

Некрофильское убийство, которое обусловлено просто стремлением уничтожения людей, может быть причислено к ряду убийств, совершенных без отягчающих и смягчающих обстоятельств, только в тех случаях, если оно не носит серийного характера или не содержит предусмотренные в части 2 статьи 104 УК РА отягчающие обстоятельства (например, особую жестокость и прочее). Между тем, результаты специ-

альных исследований показывают, что подобные преступления, как правило, носят именно серийный характер и в основном совершаются с особой жестокостью. Так, например, по данным профессора Ю.М. Антоняна, который изучил особенности, характеризующие личность 120 таких убийц, каждый из них убил от одного до пятидесяти человек⁵.

Что касается ритуальных убийств (жертвоприношений), то они в последние годы получили довольно широкое распространение в мире особенно в связи с возникновением сект сатанинского направления. В Армении, к счастью, такие случаи пока не зафиксированы.

3. Убийство при отягчающих обстоятельствах

Самыми опасными из всех видов убийств являются совершенные при отягчающих обстоятельствах. Последние исчерпывающим образом перечислены в части 2 статьи 104 УК РА, согласно которой наиболее опасным считается убийство:

- 1) двух или более лиц;
- 2) лица или его близких в связи с осуществлением этим лицом служебной деятельности или выполнением общественного долга;
- 3) сопряженное с похищением человека или захватом заложника;
- 4) заведомо беременной женщины;
- 5) совершенное с особой жестокостью;
- 6) совершенное способом, опасным для жизни многих людей;
- 7) совершенное группой лиц или организованной группой;
- 8) совершенное из корыстных побуждений, заказное, а также сопряженное с вымогательством, разбоем или бандитизмом;
- 9) сопряженное с терроризмом;
- 10) совершенное из хулиганских побуждений;
- 11) совершенное во время массовых беспорядков их участником;
- 12) совершенное с целью сокрытия другого преступления или облегчения его совершения;
- 13) сопряженное с изнасилованием или насильственными действиями сексуального характера;
- 14) совершенное по мотиву национальной, расовой или религиозной ненависти либо религиозного фанатизма;
- 15) совершенное в целях использования частей тела или тканей потерпевшего.

Следует отметить, что если в одном и том же убийстве имеется несколько отягчающих обстоятельств, предусмотренных двумя или более пунктами части 2 указанной статьи (например, убийство заведомо бе-

⁵ Подробно об этом см.: Атонян Ю.М. Убийства ради убийства. М., 1998, стр. 129-142.

ременной женщины, совершенное с особой жестокостью, из корыстных побуждений), то деяние должно быть квалифицировано по всем соответствующим пунктам, однако – как одно преступление. В этом случае, естественно, назначается одно наказание, но с обязательным учетом наличия несколькихотягощающих обстоятельств. В то же время, если совершаются два или несколько разных убийств, в которых имеютсяотягощающие обстоятельства, предусмотренные разными пунктами или одним и тем же пунктом части 2 статьи 104 УК РА, то деяния должны квалифицироваться по совокупности преступлений.

В этом аспекте трудно согласиться с правовой позицией, выраженной Кассационным судом РА, согласно которой: "...пунктом 1 части 2 статьи 104 Уголовного кодекса РА в качестве убийства двух или более лиц должны квалифицироваться как случаи совершения убийства двух или более лиц, охваченные с субъективной стороны единым умыслом, так и случаи совершения убийства двух или более лиц, не связанные с субъективной стороны единым умыслом (иначе говоря, совершение нового убийства лицом, ранее совершившим убийство), если лицо не было осуждено ни за одно из них"⁶. Дело в том, что данный вид убийства, по существу, является продолжающимся преступлением, которое состоит из нескольких сходных деяний, которые в отдельном рассмотрении хотя и содержат признаки самостоятельного состава преступления, однако охвачены единым умыслом субъекта и имеют одну общую цель, следовательно рассматриваются как одно (единое сложное) преступление.

Разрешение этого спорного вопроса, пожалуй, связано с отказом от понятия "продолжающееся преступление" и исключением из Уголовного кодекса РА вышеуказанногоотягощающего обстоятельства. Иначе говоря, реализация данной идеи приведет к тому, что во всех подобных случаях деяния будут квалифицироваться по совокупности соответствующих преступлений. При этом, такой подход считается полностью приемлемым также для большинства практических работников. Дело в том, что на практике бывает очень трудно доказать обстоятельство изначального возникновения единого умысла.

Частью 2 статьи 104 УК РА предусмотрен также ряд другихотягощающих убийство обстоятельств, которые становятся причиной разногласий и противоречивых толкований. В частности, поводом для серьезных споров послужила ситуация, когда в составе преступления в качествеотягощающего обстоятельства предусмотрено сочетание с другим преступлением (например, убийство, сопряженное с похищением человека или взятием заложника и т.п.). В этом аспекте не су-

ществует однозначного ответа на вопрос: должно ли деяние квалифицироваться по совокупности преступлений, поскольку в подобном случае получится, что лицо дважды наказывается за одно и то же преступление. Между тем, если удовлетворимся квалификацией деяния только как убийство приотягощающих обстоятельствах, то получится, что лицо привлекается к ответственности только за одно преступление.

Разрешение данной проблемы также заключается в том, чтобы воздержаться от предусмотренияотягощающих обстоятельств подобного рода, особенно, если учитывать, что иныеотягощающие обстоятельства (например, убийство с целью сокрытия другого преступления или облегчения его совершения; убийство лица или его близких в связи с осуществлением этим лицом служебной деятельности или выполнением общественного долга; убийство, совершенное способом, опасным для жизни многих людей и прочее) закрывают этот вопрос.

В то же время, в связи с принятыми Республикой Армения международными обязательствами, научно-техническим прогрессом, усилением защиты прав детей, обеспечением четкости, непротиворечивости, правовой определенности в формулировках уголовно-правовых норм, а также необходимостью исключения языковых неточностей и рядом иных факторов в УК РА необходимо предусмотреть также такиеотягощающие обстоятельства убийства, как:

- 1) убийство несовершеннолетнего или лица, находящегося в беспомощном состоянии;
- 2) убийство, совершенное с использованием условий военного или чрезвычайного положения либо иного общественного бедствия или массовых беспорядков;
- 3) убийство, совершенное по мотивам идеологической, национальной, этнической, расовой или религиозной ненависти, нетерпимости или вражды, либо по мотивам ненависти, нетерпимости или вражды, или религиозного фанатизма в отношении другой социальной группы;
- 4) убийство, совершенное в целях изъятия клетки, органа, тканей или других физиологических или анатомических материалов потерпевшего.

4. Убийство при смягчающих обстоятельствах

Видами убийств при смягчающих обстоятельствах, как выше уже отмечалось, являются: 1) убийство, совершенное в состоянии сильного душевного волнения (аффекта); 2) убийство матерью новорожденного ребенка; 3) убийство при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление и 4) убийство при превышении пределов необходимой обороны. В этом аспекте совершенствование действующего Уголовного кодекса РА прежде всего,

⁶ См. Постановление Кассационного суда РА по делу А. Арцруни от 15 февраля 2013 года № ԵԷ՝0126/13/11, <http://www.datalex.am>.

обусловлено необходимостью обеспечения четкости, непротиворечивости, правовой определенности формулировки соответствующих уголовно-правовых норм, а также необходимостью исключения языковых неточностей.

В частности, в изменении, уточнении и конкретизации нуждается диспозиция части 1 статьи 105 УК РА. А именно, данное деяние следует предусмотреть как убийство, совершенное в состоянии сильного душевного волнения, внезапно возникшего вследствие противоправного или аморального деяния или поведения потерпевшего. Кроме этого, при обстоятельствах отказа от идеи продолжающегося преступления из рассматриваемой статьи следует исключить часть 2 – то же деяние, совершенное в отношении двух или более лиц. В подобных обстоятельствах в качестве наиболее опасного вида убийства, совершенного в состоянии сильного душевного волнения, можно, пожалуй, предусмотреть то же деяние, которое совершено в отношении беременной женщины.

Одновременно в изменении нуждается содержание статьи 106 УК РА, предусматривающей ответственность за убийство матерью новорожденного ребенка. В частности, необходимы такие законодательные изменения, при которых это убийство будет считаться совершенным при смягчающих обстоятельствах только в тех случаях, когда оно совершается в условиях психотравмирующей ситуации или в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости. При этом, в целях уточнения субъекта данного преступления наиболее целесообразно применять не понятие “мать”, а понятие “роженица”. Между тем, в конкретизации нуждается и личность потерпевшего от этого вида убийства. Например, в качестве такового можно предусмотреть ребенка в возрасте до 3 месяцев.

Кроме этого, в целях разрешения споров, связанных с уголовно-правовой оценкой участия в рассматриваемом преступлении других лиц, в УК РА необходимо отдельной статьей установить ответственность за организацию убийства ребенка роженицей или подстрекательство к нему.

5. Иные преступления против жизни

В соответствии с положениями УК РА другими преступлениями против жизни считаются, как уже отмечалось, причинение смерти по неосторожности, доведение до самоубийства и склонение к самоубийству. В этом аспекте действующее уголовное законодательство РА также нуждается в совершенствовании.

В частности, в специальной литературе вопросы, связанные с субъективной стороной доведения до самоубийства, всегда служили поводом для многочисленных споров. В этом аспекте, правда, важным

является то, что в УК РА данная проблема получила законодательное разрешение. Тем не менее, из диспозиции части 1 статьи 110 Кодекса непосредственно следует, что доведение до самоубийства возможно только по косвенному умыслу или по неосторожности. Следовательно, в случае, когда лицо осознает обстоятельство доведения лица до самоубийства соответствующим способом, предвидит реальную возможность или неизбежность этого и желает возникновения такого последствия (то есть, действует с прямым умыслом), то деяние не может квалифицироваться как доведение до самоубийства.

В создавшейся ситуации подобные деяния остается квалифицировать по статье 104 УК РА как убийство, независимо от того обстоятельства, что преступник непосредственно не участвовал в процессе лишения потерпевшего жизни, с чем трудно согласиться. Дело в том, что в подобных случаях потерпевшего лишает жизни не преступник, а он сам принимает решение о прекращении собственной жизни. Следовательно, необходимо внести соответствующее законодательное изменение, установив, что доведение до самоубийства может совершаться не только по косвенному умыслу или по неосторожности, но и по прямому умыслу.

Кроме этого, необходима криминализация определенных проявлений способствования самоубийству. Дело в том, что самоубийство, как уже отмечалось, не является преступным деянием, а значит содействие ему также не может считаться преступлением, что неоправданно. Следовательно, в УК РА в качестве преступления следует предусмотреть предоставление средств или инструментов для совершения самоубийства либо иное умышленное содействие ему, если лицо не было лишено возможности осознавать свой поступок или действовать по своей воле, и если отсутствуют признаки доведения до самоубийства или склонения к нему. При этом, последние обстоятельства следует предусмотреть также в составах доведения до самоубийства и склонения к самоубийству, так как в противном случае подобные деяния будут считаться убийством.

IV. Заключение

Подытоживая рассматриваемые в настоящей статье проблемы можно выделить следующие основные предложения, направленные на конкретизацию и совершенствование действующего Уголовного кодекса Республики Армения:

– в случае эфтаназии имеются обстоятельства объективного и субъективного характера, существенным образом уменьшающие общественную опасность данного преступления и являющиеся основанием для

установления за это деяние более мягкой ответственности, то есть – для предусмотрения его как убийства, совершенного при смягчающих обстоятельствах;

– необходимо отказаться от таких отягчающих обстоятельств убийства, каковыми являются его совершение в отношении двух или более лиц, а также его сопряженность с другим преступлением;

– необходимо предусмотреть также следующие отягчающие обстоятельства убийства:

1) убийство несовершеннолетнего или лица, находящегося в беспомощном состоянии,

2) убийство, совершенное с использованием условий военного или чрезвычайного положения либо иного общественного бедствия или массовых беспорядков,

3) убийство, совершенное по мотивам идеологической, национальной, этнической, расовой или религиозной ненависти, нетерпимости или вражды либо по мотивам ненависти, нетерпимости или вражды, или религиозного фанатизма в отношении другой социальной группы,

4) убийство, совершенное в целях изъятия клетки, органа, тканей или других физиологических или анатомических материалов у потерпевшего;

– законодательно следует установить, что убийство матерью новорожденного ребенка считается убийством, совершенным при смягчающих обстоятельствах, только в тех случаях, когда оно совершается в условиях психотравмирующей ситуации или в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости, используя по соображениям уточнения субъекта преступления не понятие “мать”, а понятие “роженица”;

– необходимо отдельной статьей предусмотреть уголовную ответственность за организацию убийства ребенка роженицей или подстрекательство к нему или пособничество этому;

– законодательно следует установить, что доведение до самоубийства может совершаться не только по косвенному умыслу или по неосторожности, но и по прямому умыслу;

– необходимо криминализировать проявления содействия самоубийству, предусмотрев в качестве преступления предоставление средств или инструментов для совершения самоубийства, либо иное умышленное содействие ему, если лицо не было лишено возможности осознавать свой поступок или действовать по своей воле, и если отсутствуют признаки доведения до самоубийства или склонения к нему.

Понятие и уголовно-правовая характеристика киберпреступлений по законодательству Республики Армения

I. Предисловие

Посягательства в сфере кибербезопасности в Республике Армения в полном объеме криминализованы в 2003 году. Это, в первую очередь было обусловлено тем обстоятельством, что в различных областях общественной жизни получила широкое распространение информатизация, которая, в частности, сопровождается повсеместной компьютеризацией и нуждается в уголовно-правовой защите. В настоящей работе в общих чертах представлена общественная опасность киберпреступлений, их понятие и уголовно-правовая характеристика согласно законодательству РА.

II. Сущность и понятие киберпреступлений, важность борьбы с ними

Создание и эксплуатация информационных компьютерных систем постоянно сопровождается внешним воздействием (проникновением) и иными вмешательствами. Это, в свою очередь, может привести как к потере или изменению информации, так и к определенным материальным последствиям в зависимости от цели конкретного киберпреступления.

Сегодня борьба с киберпреступностью почти во всех странах провозглашена важнейшим направлением борьбы с преступностью. С учетом уровня общественной опасности данного вида преступности и, исходя из необходимости ведения международным сообществом согласованной борьбы против нее, Советом Европы в 2001 году в Будапеште была принята Конвенция «О киберпреступлениях». А в 2003 году в Страсбурге принят Дополнительный протокол к Конвенции «О криминализации деяний расистского и ксенофобского характера, осуществляемых при помощи компьютерных систем»².

Киберпреступления (в том числе кибертерроризм) – это преступления, которые распространяются и совершенствуются параллельно протекающему в мире процессу всеобщей информатизации. Использование преступным миром достижений научно-технического прогресса обернулось серьезным вызовом для всего прогрессивного человечества. Предупреждение и пресечение этих преступлений стало актуальной проблемой. С учетом тенденций их расширения и протекающих в различных уголках мира конфликтов, в обозримом будущем возможно более широкое применение указанных посягательств против интересов конфликтующих сторон, различных общественных организаций, хозяйствующих и иных структур³.

Использование преступным миром достижений научно-технического прогресса не новое явление; наукой это давно уже рассматривается как закономерность.

Еще в течение XIX века параллельно бурному развитию науки и техники совершенствовались также способы совершения различных преступлений, результатом чего стало возникновение так называемой профессиональной, а в дальнейшем и организованной преступности. Вследствие этого возникла также закономерная необходимость развития и совершенствования средств и методов расследования и раскрытия преступлений. И сегодня борьба с киберпреступностью заставляет разрабатывать систему соответствующих мер, начиная с совершенствования законодательства и кончая техническими профилактическими решениями.

Говоря о киберпреступлениях или компьютерных преступлениях, принято понимать все виды преступлений, совершаемых в сфере оборота компьютерной информации (которая вследствие оторванности от материального мира называется виртуальным миром, киберсферой или киберпространством).

В разных источниках эти преступления представляются как незаконное использование компьютера и Интернета либо как преступления, совершаемые посредством компьютера и Интернета⁴.

В энциклопедии «Британика» термин «киберпреступление» приводится в качестве синонима компьютерных преступлений и определяется как: «использование компьютера как инструмента при совершении таких преступных действий как мошенничество, оборот детской порнографии и нарушение или присвоение интеллектуальной собственности». Указывается также, что растет число киберпреступлений особенно по Интернету, так как компьютеры начали занимать

¹ Кандидат юридических наук, доцент, преподаватель Ереванского университета «Гладзор»

² Конвенция и Дополнительный протокол для Республики Армения вступили в силу в 2007 году. См. Официальные ведомости РА, Специальный выпуск, Официальное переиздание, Многосторонние международные договоры, Ереван, 2008г., С. 956-985

³ См. более подробно: Кинакцян А.: Киберпреступность и кибертерроризм: некоторые гносеологические и юридические вопросы / «Гладзор» – 20, Юбилейный сборник статей, Ереван 2011, С. 60

⁴ <http://dictionary.reference.com/browse/cybercrime>; <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/cybercrime>

центральное место в торговле, увеселительном бизнесе и сфере управления⁵.

Согласно другому источнику киберпреступность формируется из таких преступлений, при совершении которых компьютер может выступать как в качестве инструмента, так и предмета. Кроме того, киберпреступники могут использовать компьютерные технологии в целях овладения личной или коммерческой тайной других лиц, а также в качестве средства защиты связи и данных⁶.

В широком смысле киберпреступность – это совокупность совершаемых на определенной территории и в определенный отрезок времени преступлений, направленных против безопасности компьютерной информации, посредством компьютерной техники и программ.

Перечислим эти преступления.

Согласно Конвенции Совета Европы «О киберпреступлениях» от 2001 г. таким преступлениями признаются:

1. Преступления, направленные против конфиденциальности, целостности и доступности компьютерных систем и данных (неправомерный доступ, незаконное тайное овладение сообщением, вмешательство в данные, искажение системы, злоупотребление оборудованием);
2. Преступления, связанные с компьютером (ввод, изменение, уничтожение либо блокировка данных), мошенничество, связанное с компьютером (причинение ущерба собственности);
3. Преступления, связанные с содержанием (преступления, связанные с детской порнографией, распространение расистских и ксенофобских материалов, отрицание, умаление, одобрение либо оправдание геноцида и преступлений против человечества)⁷.

На основании вышеизложенного можно заключить, что относительно киберпреступлений единого термина не существует. При этом, термины киберпреступление и киберпреступность не зафиксированы в уголовном законодательстве таких стран как Соединенные Штаты Америки, Франция, Германия, Россия, Украина, Беларусь, Казахстан, Грузия. И это, несмотря на тот факт, что вышеупомянутая Европейская конвенция носит название «О киберпреступлениях».

⁵ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/130595/cybercrime>

⁶ <http://www.techopedia.com/definition/2387/cybercrime>

⁷ См. Конвенция «О киберпреступлениях», Дополнительный протокол «О криминализации деяний расистского и ксенофобского характера, осуществляемых при помощи компьютерных систем» (Конвенция и Дополнительный протокол для Республики Армения вступил в силу 1 февраля 2007 года. Официальные ведомости РА, Специальный выпуск, Официальное переиздание, Многосторонние международные договоры, Ереван, 2008 г. Следует также отметить, что армянские тексты конвенции и Дополнительного протокола не лишены стилистических и редакционных недостатков, которые, по сути, являются результатом плохого перевода.)

В то же время во всех перечисленных странах этот термин широко применяется в научно-исследовательских и научно-практических работах.

III. Уголовно-правовая характеристика киберпреступлений по законодательству Республика Армения

Уголовным кодексом РА установлена ответственность за следующие преступления, направленные против безопасности компьютерной информации:

- неправомерный доступ в систему компьютерной информации (статья 251 УК РА);
- изменение компьютерной информации (статья 252 УК РА);
- компьютерный саботаж (статья 253 УК РА);
- незаконное овладение компьютерной информацией (статья 254 УК РА);
- изготовление или реализация специальных средств для незаконного доступа (проникновения) к компьютерной информации (статья 255 УК РА);
- разработка, использование и распространение вредоносных программ (статья 256 УК РА);
- нарушение правил эксплуатации компьютерной системы или сети (статья 257 УК РА).

Таким образом, в названии упомянутой Конвенции и главы 24 Уголовного кодекса РА, в которых киберпреступления представлены как преступления, направленные против безопасности компьютерной информации, имеется определенное терминологическое несоответствие. Мы уже имели повод обосновать, что указанную главу Уголовного кодекса РА было бы правильнее озаглавить «Преступления против информационно-технической безопасности». Этот термин максимально отражает типовой объект указанных преступлений⁸.

Диспозиции статей, включенных в указанную главу Уголовного кодекса РА являются описательными. Часть из них является отсылочными (то есть ссылаются на какую-либо иную статью Кодекса для выявления признаков рассматриваемого преступления), например, деяние, предусмотренное частью первой статьи 252 – изменение информации, хранящейся в компьютере, компьютерной системе, сети или на машинных носителях, либо внесение в них ложной информации при отсутствии признаков хищения чужого имущества. Диспозиции некоторых статей являются бланкетными (то есть, для полного раскрытия признаков рассматриваемого преступления необходимо обращаться к нормам иных ветвей права, к иным

⁸ См. более подробно: Кинакцян А.: Некоторые уголовно-правовые вопросы борьбы с киберпреступностью / Новый «Гладзор» в лабиринтах науки, Ереван, 2013 г., С. 136-137

законам или подзаконным актам), например, деяние, предусмотренное частью первой статьи 257 – нарушение правил эксплуатации компьютера, компьютерной системы или сети.

Родовым объектом киберпреступлений является совокупность общественных отношений, составляющих содержание общественной безопасности и общественного порядка. Именно поэтому глава, посвященная данной группе преступлений, нашла место в Разделе 9 Уголовного кодекса РА, озаглавленной «Преступления против общественной безопасности, безопасности компьютерной информации, общественного порядка, нравственности и здоровья населения».

Видовым объектом этих преступлений выступает совокупность таких общественных отношений, которые возникают в связи с правомерным и безопасным использованием компьютерной информации. Указанные на этом основании преступления объединены в главе 24, включенной в указанный Раздел Уголовного кодекса РА⁹.

В данном контексте следует отметить, что круг предусмотренных в Уголовном кодексе РА преступлений, направленных против безопасности компьютерной информации, уже, чем круг киберпреступлений, указанных в европейской Конвенции. В частности, совершение таких деяний в киберпространстве, каковыми являются преступления, относящиеся к детской порнографии, распространение расистских и ксенофобских материалов, отрицание либо умаление последствий геноцида и преступлений против человечества, их одобрение и оправдание, наказываются по статьям других разделов и глав Уголовного кодекса РА, так как различны их родовые и видовые объекты.

Некоторые проблемы возникают в вопросе определения предмета киберпреступлений. В качестве предмета киберпреступлений, предусмотренных в главе 24 Уголовного кодекса РА, рассматривается компьютерная информация, то есть такая информация, которая находится в компьютере, в компьютерной системе или сети, а также на машинных носителях. Однако, предметом указанных преступлений могут являться также технические средства, используемые для создания, разработки, хранения и передачи компьютерной информации, а именно: компьютер, компьютерная система, программа, сеть, оборудование, машинные носители.

Значительная часть преступлений, направленных против безопасности компьютерной информации, указанных в вышеупомянутой главе Уголовного кодекса РА, являются деяниями небольшой тяжести. Два деяния относятся к тяжким преступлениям. Это:

- компьютерный саботаж, приведший к тяжким последствиям, за который установлена ответственность частью третьей статьи 253;
- незаконное овладение компьютерной информацией, которое: 1) сопровождалось применением насилия в отношении лица либо его близкого, 2) совершено группой лиц по предварительному сговору, 3) причинило значительный ущерб потерпевшему или 4) совершено с целью получения информации, имеющей особую ценность – часть третья статьи 254.

Одно деяние, а именно: незаконное овладение компьютерной информацией, которое: 1) совершено организованной группой лиц или 2) сопровождалось причинением по неосторожности тяжкого вреда здоровью или привело к возникновению тяжких последствий (часть четвертая статьи 254), является особо тяжким преступлением.

Далее представим характеристику объективной стороны группы рассматриваемых преступлений.

Часть преступлений, направленных против безопасности компьютерной информации, указанных в главе 24 Уголовного кодекса РА, имеют материальный состав преступления, то есть для того, чтобы считать их завершенными, кроме совершения преступного деяния, должны также иметь место такие общественно опасные последствия, которые находятся в причинной связи с этим деянием. А другую часть составляют формальные составы преступления, которые считаются завершенными с момента совершения деяния, независимо от факта или времени возникновения последствий.

Среди преступлений с материальным составом преступления выделяются такие, последствия которых кроме конкретного вреда описываются также в виде:

- «значительного ущерба» (часть первая статьи 251, часть первая статьи 252, часть третья статьи 254, часть первая статьи 251 Уголовного кодекса РА);
- «тяжкие последствия» (часть вторая статьи 251, часть вторая статьи 252, части вторая и третья статьи 253, часть четвертая статьи 254, часть вторая статьи 256, часть третья статьи 257 Уголовного кодекса РА).

В указанных статьях Уголовного кодекса РА, предусматривающих ответственность за преступления против безопасности компьютерной информации, выражения «значительный ущерб» и «тяжкие последствия» считаются оценочными понятиями. Наличие таких последствий окончательно оценивается судом. Так, значительным ущербом может считаться существенное нарушение прав потерпевших, размер нанесенного им материального ущерба, упущенная выгода, время и средства, необходимые для восстанов-

⁹ Казинян Г. (ред.), Уголовное право Республики Армения. Особая часть. Шестое издание, с изменениями и дополнениями, Ереван, 2012 г., С. 605-606

ления ущерба, утрата информации, имеющей важное значение, или приведение ее в непригодное состояние, иной похожий ущерб, который по данному делу будет признан судом значительным. Под тяжкими последствиями следует понимать, например, нарушение конституционных прав потерпевших, причинение тяжкого вреда их здоровью, причинение вреда системам жизнеобеспечения (или, так называемым, «критическим инфраструктурам»), материальный ущерб в особо крупных размерах, серьезное искажение или прекращение деятельности организаций, возникновение чрезвычайных ситуаций.

подавляющее большинство таких преступлений совершается путем активных действий. Путем бездействия может совершаться несоблюдение правил эксплуатации компьютерной системы или сети (например, непринятие лицом, имеющим право доступа в компьютер, компьютерную систему или сеть, мер, обеспечивающих их безопасную эксплуатацию, или неприменение средств защиты от вирусов, что по неосторожности приводит к возникновению одного из последствий, указанных в статье 257 Уголовного кодекса РА). Теоретически нельзя исключать также компьютерный саботаж путем бездействия, для которого установлена ответственность по статье 253 Уголовного кодекса РА.

Отдельный интерес представляет вопрос дифференциации средств и орудий совершения преступлений, направленных против безопасности компьютерной безопасности. Часть специалистов считает, что орудием совершения указанных преступлений, как правило, является компьютерная техника, то есть, различные типы компьютеров, иное компьютерное оборудование, а также средства связи, благодаря которым формируются информационные сети. По их мнению, самым распространенным орудием совершения таких преступных деяний является персональный компьютер (Personal Computer – PC)¹⁰. Другие авторы не ставят особого различия между средством и орудием совершения преступного деяния как факультативными признаками объективной стороны¹¹. Другая же часть специалистов считает, что предметы, используемые при совершении преступных деяний, не связанных с киберпреступлениями и вообще с непосредственным физическим насилием, выступают в качестве средств совершения преступлений. А понятие «орудие преступления» более целесообразно применять при описании объективной стороны насильственных действий¹².

Исходя из современной характеристики указанных средств, применяемых в процессе совершения киберпреступлений, возникают определенные вопросы и в связи с выяснением места их совершения, несмотря на то, что данный признак объективной стороны указанного деяния является факультативным, то есть не считается обязательным условием при квалификации описанных в главе 24 Уголовного кодекса РА преступлений, направленных против безопасности компьютерной информации. С учетом уровня и возможностей компьютерной техники и программного обеспечения, применяемых сегодня при совершении киберпреступлений, место их совершения (где они начались, продолжились или окончились) и то место, где в результате их совершения возникли конкретные общественно опасные последствия (место нахождения поврежденного компьютера или периферийного устройства, место утраты информации или приведения ее в негодность, место нахождения организаций, деятельность которых была нарушена или прекращена, место чрезвычайной ситуации и прочее), отличаются друг от друга. По мнению некоторых авторов, местом совершения рассматриваемых преступлений следует считать территорию того государства, где возникли общественно опасные последствия¹³. Согласно другим источникам местом совершения киберпреступлений следует считать как место их непосредственного совершения, так и место возникновения общественно опасных последствий¹⁴. Считаем, что оба этих подхода могут дополнить друг друга, и на основании их сопоставления можно сделать вывод о том, что местом совершения киберпреступления следует считать как место (территорию государства), где оно началось или продолжилось, так и место возникновения последствий – то конкретное место, где возникли его последствия, а если определить это невозможно, то территорию данного государства.

подавляющее большинство указанных в главе 24 Уголовного кодекса РА преступлений, направленных против безопасности компьютерной информации, с субъективной стороны характеризуются формой умышленной вины.

Рядом статей, нашедших место в указанной главе Уголовного кодекса РА, установлена ответственность для следующих деяний, совершаемых по двум формам вины:

- изменение компьютерной информации, которое по неосторожности привело к тяжким последствиям (пункт четвертый части второй статьи 252 УК РА);

¹⁰ Казинян Г. (ред.), Уголовное право Республики Армения. Особенная часть. Шестое издание, с изменениями и дополнениями, Ереван, 2012 г., С. 609

¹¹ Григорян М., Уголовное право. Общая часть. Ереван, 2007 г., С. 172

¹² Уголовное право. Общая часть / Под ред. Ветрова Н. И., Ляпунова Ю. Г.. Москва, 1997 г. С. 235

¹³ Казинян Г. (ред.), Уголовное право Республики Армения. Особенная часть. Шестое издание, с изменениями и дополнениями, Ереван, 2012 г., С. 609

¹⁴ Курушин В. Д., Минаев В. А. Компьютерные преступления и информационная безопасность. Справочник. Москва, 1998 г. С. 91

- компьютерный саботаж, который по неосторожности привел к тяжким последствиям (пункт второй части второй статьи 253 УК РА);
- разработка, использование и распространении вредоносных программ, которое по неосторожности привело к тяжким последствиям (пункт третьей части второй статьи 255 УК РА).

Перечисленные преступные деяния характеризуются по двум формам вины (или, иными словами, по смешанной форме вины) и согласно общему правилу, установленному статьей 32 Уголовного кодекса РА, должны квалифицироваться как умышленное преступление.

Из преступлений, описанных в главе 24 Уголовного кодекса РА, совершаться по неосторожности могут только:

- неправомерный доступ к компьютерной информации (статья 251);
- нарушение правил эксплуатации компьютерной системы или сети (статья 257).

Рассматриваемые преступления совершаются по самым разным мотивам и в самых разных целях. Киберпреступники могут руководствоваться, в частности, следующими мотивами:

- корысть (например, получение имущественной или денежной выгоды, погашение финансовых долгов, приобретение материального превосходства);
- «срывание» с общества или государства того, что, по их мнению, причитается им;
- месть работодателю или компании;
- выставление собственных возможностей напоказ, утверждение собственного «я»;
- доказательство собственного превосходства перед «искусственным интеллектом»;
- шантаж и терроризирование;
- хулиганские побуждения;
- «спортивный» интерес или решение так называемых головоломок.

Как видно, с субъективной стороны мотивы совершения киберпреступлений довольно разнообразны. В некоторых случаях могут фигурировать несколько мотивов. Например, работник, считающий себя оскорбленным, одним деянием может и шантажировать, и причинить ущерб, и одновременно попытаться улучшить собственное имущественное или финансовое положение. Тем не менее, самым распространенным мотивом совершения киберпреступления является корысть.

Цели киберпреступлений как факультативный признак их субъективной стороны также разнообразны. Таковыми являются:

- приобретение закрытой информации;
- получение личных данных других лиц;

- перечисление денег на фальшивый счет;
- закупки с фальшивым платежом;
- фальсификация платежных документов;
- фальсификация отчетов и других документов;
- уничтожение, приведение в непригодность информации, ограничение доступа к ней или сокрытие данных;
- приведение к возникновению программных проблем;
- уничтожение или приведение в негодное состояние технических средств.

Примечательно, что часть киберпреступников даже не рассматривает свои действия в качестве незаконных, порицаемых деяний, наивно полагая, что если компьютерная техника, сеть или информация должным образом не защищены, то временное завладение ими или их использование не должно считаться нарушением. Некоторые из них даже считают, что делают дело, достойное похвалы, помогая обществу выявлять недочеты в кибербезопасности¹⁵.

Упомянутые факультативные признаки субъективной стороны преступлений против безопасности компьютерной информации, указанных в главе 24 Уголовного кодекса РА – мотив и цель – не воздействуют на квалификацию конкретных киберпреступлений, однако должны учитываться судом как обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание, назначаемое виновному лицу.

Субъектом указанного преступления может быть любое вменяемое физическое лицо, достигшее шестнадцати лет, за исключением субъекта преступления, предусмотренного в статье 257 Уголовного кодекса РА (нарушение правил эксплуатации компьютерной системы или сети), который является особым субъектом, – лицом, имеющим доступ к компьютерной системе или сети.

Субъектом преступлений, предусмотренных пунктом первой части второй статьи 251 и пунктом второй части второй статьи 252 вышеуказанной главы Уголовного кодекса РА является лицо, использующее свое должностное положение. Однако круг субъектов киберпреступлений в целом довольно широк. Их можно разделить на три группы:

1. Лица, которые не имеют отношения к потерпевшему или пострадавшей организации,
2. Лица, которые знакомы с потерпевшим или являются сотрудниками пострадавшей организации и имеют доступ ко всем предметам и возможностям, которые могут быть использованы в качестве средств или орудий киберпреступления.

¹⁵ Icove D., Seger K., Von Stroch W. Computer Crime. A Crimefighters Handbook /www.amazon.com/Computer-Crime-Crimefighters-Handbook-Security/dp/1565920864; Нурушин В. Д., Минаев В. А. Компьютерные преступления и информационная безопасность. Справочник. Москва, 1998 г. С. 92, 93

Они могут действовать как в одиночку, так и с сообщниками (представителями 1-й группы),

3. Являются ответственными работниками указанной организации.

Субъектами, не имеющими отношения к потерпевшему или пострадавшей организации, являются так называемые хакеры *հաքերօ*, кибершпионы, лица, занимающиеся киберхищениями¹⁶.

Субъектами – сотрудниками организаций, пострадавших от киберпреступления являются:

- операторы операционных систем, эксплуатирующие компьютеры и периферийные устройства и лица, обслуживающие коммуникационные линии;
- программисты – лица, ответственные за программное обеспечение и эксплуатирующие базы данных;
- инженеры-системщики, связисты, инженеры-электронщики;
- специалисты по информационно-технической безопасности, по обеспечению управления компьютерной сетью, операторы, контролеры;
- руководящие или иные ответственные лица организации.

Что касается ответственности за киберпреступления, то санкции статей главы 24 Уголовного кодекса РА, как правило, являются альтернативными, за исключением санкций за такие деяния, которые предусмотрены:

- частью третьей статьи 253;
- частью третьей и четвертой статьи 254;
- частью второй статьи 256;
- частью второй и третьей статьи 257.

За совершение этих преступлений предусмотрены только относительно-определенные санкции.

Следует также отметить, что на сегодняшний день известны и многие другие преступные деяния, связанные с компьютерной информацией и киберпространством, которые, однако, не считаются киберпреступлениями, так как их основной непосредственный объект является иным. Например, совершение в киберпространстве действий террористического характера, распространение религиозного фанатизма и религиозной ненависти. Как эти, так и некоторые другие преступные деяния, например, ложная реклама, преступное нарушение авторских и смежных прав, могут совершаться в совокупности с киберпреступлениями. Во всяком случае важнейшим основанием для разграничения указанных преступлений является с одной стороны уяснение их объекта и предмета, а с другой стороны – средств и орудий их совершения,

что оказывает также существенное влияние на их правильную квалификацию.

IV. Заключение

Работа посвящена одной из актуальных проблем уголовного права – определению понятия киберпреступлений и их общей характеристике. На основании изучения соответствующих статей Уголовного кодекса РА и современной специальной литературы сделана попытка представить сущность киберпреступлений, значение борьбы с ними, их уголовно-правовую характеристику согласно законодательству РА, а также терминологические особенности в сравнении с законодательствами других стран, их общий анализ по элементам состава преступления, ответственность за их совершение, с выявлением наиболее актуальных и проблематичных вопросов и разработкой обоснованных подходов, направленных на их разрешение.

¹⁶ От английского слова *hack* – рубить, ломать. *Hacker* – лицо, причиняющее вред компьютерным сетям, программам. Амбарцумян Н., Айрапетян А., Англо-армянский словарь, Ереван 2008 г., С. 283-284.

Содержит ли статья 218 Уголовного Кодекса Грузии риск двойного наказания?

Вступление

В Грузии ответственность за уклонение от уплаты налогов установлена как налоговым, так и уголовным законодательством. Цель статьи – посредством рассмотрения налоговой и уголовной ответственностей в соответствии с законодательством Грузии, опираясь на небольшой сравнительно-правовой анализ и учитывая практику Европейского Суда по Правам Человека, ответить на вопрос – содержит ли статья 218 Уголовного Кодекса Грузии риск двойного наказания?

Для целей данной статьи будет рассмотрен вопрос ответственности за неуплату налогов, предусмотренной как налоговым, так и уголовным законодательством, а также будет дан небольшой сравнительный анализ и наконец принцип запрещения двойного наказания как вообще, так и в плане наложения ответственности за уклонения от уплаты налогов согласно практике Европейского Суда по Правам Человека. Соответственно, статья состоит из вступления, двух глав, которые в свою очередь состоят из подглав и заключения.

I. Ответственность за уклонение от уплаты налогов по Налоговому и Уголовному Кодексам Грузии

1. Ответственность за уклонение от уплаты налогов по Налоговому Кодексу Грузии.

Глава XIII и раздел XL Уголовного Кодекса Грузии определяют виды налоговых правонарушений и ответственность. Среди правонарушений – статья 275, согласно которой в налоговой декларации (в расчете) уменьшением налогов и соответственно неуплатой налогов считается:

- Уменьшение лицом в налоговой декларации (в расчете) суммы налога, если это вызвано изменением органом, осуществляющий налоговый контроль, момента (периода) возникновения

налогового обязательства у лица, карающееся штрафом в размере 10% уменьшенной суммы налога (статья 275, часть 1);

- Уменьшение налогового обязательства или увеличение подлежащей возврату суммы во всех видах налоговой декларации (расчете), которая не попала в сферу регулирования первой части статьи 275 и карается штрафом в размере 50% суммы уменьшенного налога (статья 275, части 2 и 3).

На основе акта налоговой проверки налоговый орган принимает решение о начислении или неначислении санкции. Копия решения предоставляется налогоплательщику вместе с налоговым требованием.² В свою очередь, налогоплательщик имеет право обжаловать налоговое требование и соответствующий акт.³ Обязательство выплаты налоговой задолженности считается приостановленным со дня начала налоговой тяжбы до её завершения.⁴

Нужно отметить, что с момента представления налогоплательщику налогового требования на его имущество устанавливается государственный налоговый залог (право ипотеки)⁵. Согласно статье 239 Налогового Кодекса налоговый залог это право государства обеспечить выплату налоговой задолженности⁶ за счет имущества налогоплательщика или другого обязанного лица. Несмотря на запись во второй части той же статьи, согласно которой право налогового залога (ипотеки) появляется вместе с возникновением налоговой задолженности и в рамках налоговой задолженности распространяется на имущество, находящееся в собственности лица или (и) на его балансе,⁷ реально государственный залог (ипотека) распространяется на всё имущество налогоплательщика и вышеназванная запись имеет значение только в случае реализации имущества налогоплательщика в пользу государства. Вместе с тем, несмотря на распространение права залога (ипотеки) на имущество налогоплательщика с момента представления налогового требования, служба доходов имеет право в периоде налоговой тяжбы для большего обеспечения налоговой задолженности налогоплательщика потребовать наложение ареста на его имущества или (и) банковские

² Первая часть статьи 268 Налогового Кодекса Грузии.

³ Нужно отметить, что налогоплательщик до окончательного формирования акта также правомочен в порядке административного производства обжаловать проект акта.

⁴ Третья часть статьи 254 Налогового Кодекса Грузии.

⁵ Вторая часть статьи 239 Налогового Кодекса Грузии. Нужно отметить, что согласно второй части статьи 265 того же закона служба доходов правомочна использовать право налогового залога (ипотеки) не только при наличии задолженности, установленной выездной налоговой проверкой независимо от наличия задолженности.

⁶ Налоговый Кодекс Грузии, статья 8, часть 23: «налоговая задолженность – разница между неоплаченными налогоплательщиком в установленный срок налогами или/и суммой санкции и переплаченных налогов или/и суммой санкции».

⁷ Кроме полученного лизингом, включая имущество, приобретенное после возникновения налоговой задолженности.

¹ докторант юридического факультета Тбилисского Государственного Университета в сфере частного права; магистр частного права юридического факультета Тбилисского Государственного Университета, LL.M в немецком праве; адвокат; исполнительный директор некоммерческого юридического лица «Адвокаты Грузии за независимую профессию»; Юнайтед трансформ Груп», правовой советник

счета.⁸ На имущество или (и) банковский счет арест не накладывается или ранее использованный упраздняется, если налогоплательщик в период налоговой тяжбы для дополнительного обеспечения налоговой задолженности представит банковскую гарантию, страховой полис, договор поручительства или заключение аудита, доказывающий, что стоимость имущества, заложенного под налоговый залог обеспечит полное удовлетворение налоговой задолженности.⁹

В виде заключения подлежащей подглавы получается, что если в налоговой декларации размер налога, вольно или невольно уменьшенного лицом, равен, к примеру, 100,000 лари, для оплаты начисляются те же неоплаченные 100,000 лари, штраф от 100,000 лари – 50% – 50,000 лари, а также 0,05% неоплаченного налога – с первого дня, когда налогоплательщик должен был выплачивать этот налог. Также будет использован налоговый залог (ипотека), вместе с тем возможны дополнительные способы обеспечения и наконец, из-за того, что сумма налогов была уменьшена в декларации более чем на 50000 лари, это будет считаться уклонением от уплаты налогов в особо крупном размере и повлечет за собой ответственность по уголовному праву Грузии.¹⁰

2. Ответственность за уклонение от уплаты налогов по Уголовному Кодексу Грузии

По законодательству Грузии уголовная ответственность за уклонение от уплаты налогов возникает только в том случае, когда налоговая сумма уменьшена лицом более чем на 50,000 лари и налогоплательщик действовал намеренно.

Для толкования статьи 218 Уголовного Кодекса Грузии крайне важно определение Большой Палаты Верховного Суда Грузии от 3 мая 2004 г. «Палата отмечает, что одним из обязательных элементов состава преступления, предусмотренного статьей 218 Уголовного Кодекса Грузии является намерение. Уклонение от уплаты налогов не всегда означает преступное деяние. Уклонение от уплаты налогов создает состав преступления, предусмотренного статьей 218 Уголовного Кодекса Грузии только тогда, когда лицо намеренно и осознанно утаивает или уменьшает размеры дохода или другого объекта налогообложения с целью уклонения от налогов. В обвинительном заключении ничего не сказано о том, чем же подтверждаются намерения В.Г. и Д.Н. уклониться от уплаты налогов. Следствие не рассуждало о том, намеренно ли уклонились В.Г. и Д.Н. от уплаты налогов, направ-

лена ли была их воля на совершение такого рода противоправного деяния, или с их стороны имело место отсутствие противоправного сознания, что является обстоятельством, исключающим намерение, и соответственно вину. Непреложное установление существования намерения имеет решающую роль для установления их виновности и решения вопроса об уголовной ответственности. А что касается вопроса уплаты налогов, должны ли быть уплачены налоги и в каком размере, этот вопрос выходит за рамки сферы уголовной юрисдикции и должен решаться путём административного правопроизводства.»¹¹

Грузинская литература по уголовному праву указывает на «порочную практику» статьи 218.¹² В частности, согласно четвертой части статьи 275 Налогового Кодекса и статьи 218 Уголовного Кодекса Грузии получается, что законодатель устанавливает в уголовном порядке ответственность в том случае, если в одной декларации лицо снижает сумму налога более чем на 50,000 лари. А «порочная практика» состоит в том, что до истечения срока давности налогового требования служба доходов складывает «уменьшенные» налоги налогоплательщика.¹³ Этим служба налогов однозначно нарушает закреплённый Конституцией Грузии принцип верховенства закона.

Касательно наказания, согласно статье 218 Уголовного Кодекса Грузии лицо понесет наказание:

- за уклонение от уплаты налогов в особо крупных размерах штрафом или лишением свободы сроком от трёх до пяти лет;
- в случае совершения того же деяния неоднократно в крупных размерах или группой лиц по предварительной договоренности лишением свободы сроком от пяти до восьми лет.

По первому примечанию к той же статье крупным размером считается сумма налога, превышающая 50,000 лари, а особо крупным размером – сумма, превышающая 100,000 лари.

Тут же нужно отметить третью часть статьи 218 Уголовного Кодекса Грузии, которая признаёт наказуемым¹⁴ отчуждение имущества или части имущества с целью уклонения от уплаты налогов. В то же время с момента возникновения налоговой задолженности государственный налоговый залог (ипотека) автоматически накладывается на налогоплательщика и регистрируется в залоговом реестре и таким образом отмеченная норма лишается смысла. Предпо-

⁸ Налоговый Кодекс Грузии, первая часть статьи 254.

⁹ Налоговый Кодекс Грузии, вторая часть статьи 254.

¹⁰ Налоговый Кодекс Грузии, статья 275, часть 3; согласно третьей части статьи 268 Налогового Кодекса Грузии в случае обнаружения признаков преступления, должные материалы незамедлительно высылаются соответствующему по подчинённости следственному органу.

¹¹ Большая Палата Верховного Суда Грузии под председательством Ладо Чантурия, в составе В. Хрустали, М. Турава, Б. Метревели, Т. Лалишвили (докладчики), И. Бибилашвили, Д. Сулаквелидзе, М. Вачнадзе, Н. Кларджешвили, определение от 3 мая 2004 г., стр. 11.

¹² М. Леквешвили, Н. Тодуа, Г. Мамулашвили, Особенная часть уголовного права, Книга 1, Четвертое издание, 2011, стр. 505, примечание 1.

¹³ Там же.

¹⁴ Штраф или лишение свободы сроком от двух до трех лет.

Страна	ВВП на душу населения	Норма уклонения от уплаты налогов	Минимальная мера наказания	Максимальная мера наказания	Влияние установленного на законодательном уровне размера на ответственность
Грузия	3,670.0	Уголовный Кодекс, статья 218	Штраф, или лишение свободы на 3 года	Лишение свободы до 8 лет	Крупный размер – более 50,000 лари, особо крупный размер – более 100,000 лари
Азербайджан	7,884.2	Уголовный Кодекс, статья 213 ¹⁸	Штраф, или лишение свободы до 1 года	Лишение свободы до 3 лет	Различает крупный размер, Особо крупный размер
Латвия	16,037.8	Уголовный Кодекс, статья §218 ¹⁹	Штраф, или лишение свободы до 3 лет	Лишение свободы до 5 лет	
Эстония	19,719.8	Уголовный Кодекс, статья §389 прима ²⁰	Штраф, или лишение свободы до 3 лет	Лишение свободы до 5 лет	320000 евро и более
Германия	47,627.4	Налоговый кодекс, статья §370 ²¹	Финансовый штраф	Штраф с лишение свободы до 5 лет	
Норвегия	97,363.1	Акт Налогового Обложения, статья §12-1 ²²	Штраф	Лишение свободы до 2 лет	

жительно, часть 3 статьи 218 объявляет упомянутое деяние наказуемым на протяжении того отрезка времени, когда налогоплательщик уже догадывается о возможном начислении со стороны службы доходов, например, путем ознакомления с проектом акта и до того, как налогоплательщик примет конечный акт о начислении и соответствующее требование, он отчуждает имущество, которое свободно от налогового залога (ипотеки).

Интересно второе примечание статьи 218 Уголовного Кодекса Грузии, которую в литературе уголовно-права считают поощрительной нормой.¹⁵ Согласно примечанию на лицо не будет возложена ответственность, предусмотренная статьей 218, если со времени получения налогового требования в течение 45 рабочих дней наложенная основная налоговая сумма будет оплачена, отсрочена или скорректирована, или же если обязательство выплаты приостановлено на основе закона.¹⁶

Подытоживая сказанное установим, что грузинский законодатель устанавливает уголовную ответственность за уменьшение налога в крупных размерах всего лишь в одной декларации¹⁷ и для квалификации деяния наказуемым по статье 218 необходимо наличие такого субъективного элемента как намерение.

3. Уголовная ответственность за уклонение от уплаты налогов в международно-правовом аспекте

В предлагаемом подразделе представлен небольшой сравнительно-правовой анализ касательно уголовной ответственности за уклонение от уплаты налогов. Для сравнения были отобраны страны, имеющие историческую связь с Грузией, с точки зрения территории (Азербайджан), проживания в едином государственном пространстве (Азербайджан, Эстония), а также страны, которые являются примером сильных европейских, в том числе, социальных стран (Германия, Норвегия), так как подписанием и ратификацией ассоциированного соглашения Грузия еще раз подтвердила свой европейский выбор.

Для сравнения ориентиром были взяты норма об уклонении от уплаты налогов (в том числе её место в правовой системе), мера наказания и градации размеров сокрытых налогов, так как по законодательству Грузии они влияют на установление или отягчение ответственности в уголовном порядке. Для более наглядного восприятия экономической картины стран в таблице для сравнения дополнительно приведены

¹⁸ Уголовный Кодекс Азербайджана <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/az/az017en.pdf>, последний визит: 14.07.2015.

¹⁹ Уголовный Кодекс Латвии <http://www.unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/untc/unpan018405.pdf>, последний визит: 14.07.2015

²⁰ Уголовный Эстонии <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ee/ee133en.pdf>, последний визит: 14.07.2015

²¹ Уголовный Германии http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html; Налоговый Кодекс Германии http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html; последний визит: 14.07.2015

²² Professor Benn Folkvord, University of Stavanger, Surcharges and Penalties in Tax Law; European Association of Tax Law Professors, <http://www.eatpl.org/uploads/public/2015/National1%20report%20Norway.pdf>, последний визит: 14.07.2015

¹⁵ М. Леквешвили, Н. Тодуа, Г. Мамулашвили, Особенная часть уголовного права, Книга 1, Четвертое Издание, 2011, стр. 506.

¹⁶ Насколько эта норма является «поощрительной» для налогоплательщика, а не нормой, стимулирующей заполнение государственного бюджета – это предмет отдельного, более детального рассмотрения, именно поэтому об этой норме в данной статье не будем распространяться.

¹⁷ Безусловно, в статье 218 содержатся отягчающие обстоятельства, в том числе уклонение от налогов в особо крупных размерах.

показатели валового внутреннего продукта (ВВП) на душу населения в отобранных странах, основываемые на данных Всемирного Банка.²³

Сравнение показало, что Азербайджан, который по территориальному и историческому признакам ближе всех находится с Грузией, хотя и его показатель валового внутреннего продукта (ВВП) на душу населения вдвое превышает показатель Грузии, статьей 213 ближе всех стоит к статье 218 Уголовного Кодекса Грузии. Для наложения и отягчения ответственности Уголовный Кодекс Азербайджана также знаком с крупным и особо крупным размером и с учётом дополнительных квалифицирующих признаков устанавливает дополнительные градации. Хотя, в итоге, эти размеры меньше размеров, установленных Уголовным Кодексом Грузии.

Как видно на таблице, грузинское регулирование схоже и с латвийским законодательством (с еще более высоким показателем ВВП на душу населения), хотя на законодательном уровне не приведены размеры налогов, при сокрытии которых настанет или отягчится уголовная ответственность.

Первое и значительное отличие наблюдается в эстонском законодательстве. Несмотря на нахождение ранее в едином государственном пространстве, Эстония, показатель внутреннего валового продукта на душу населения которого превосходит показатель Грузии в 5 раз, показывает точно такую же существенную разницу и в законодательствах. Уголовный Кодекс Эстонии различает уклонение от уплаты налогов в особо крупных размерах (§ 389 прима) и значительное налоговое мошенничество (§ 389 секунда). Уклонением от уплаты налогов в крупных размерах является непредставление или неправильное представление в налоговый орган информации с целью уменьшения налогового обязательства, что повлекло значительный вред. Если такое обязательство равняется или превышает 320,000 евро, лицу грозит лишение свободы сроком до 5 лет. Если упомянутое деяние было совершено лицом намеренно, такое деяние будет квалифицировано как значительное налоговое мошенничество. И здесь имеет значение размер, и если сокрытый налог или полученная выгода равняется или превышает 320,000 евро, лицу грозит лишение свободы от 1 года до 7 лет. Важна заметка в отношении юридических лиц, так как в случае § 389 прима, так и § 389 секунда, деяние, совершенное юридическим лицом наказуемо лишь финансовой санкцией, в

случае мошенничества возможно также и наказание ликвидацией.

Еще более развитое законодательное регулирование имеет Германия (по показателю валового внутреннего продукта на душу населения в 13 раз превышает показатель Грузии). Статья об уклонении от уплаты налогов размещена не в Уголовном Кодексе, а в Налоговом Кодексе. Вместе с тем наименование семидесятого параграфа Налогового Кодекса Германии («уклонение от налогов») более формальна и по содержанию скорее всего представляет налоговое мошенничество. Логическое продолжение Налогового Кодекса встречается в Уголовном Кодексе Германии. § 261 с заголовком «отмывание денег и финансовая выгода, полученная скрытым и незаконным деянием». Здесь приведены отягчающие обстоятельства, квалифицирующие данные в параграфе 70 деяния как налоговое мошенничество. В этом отношении с точки зрения избежания риска двойного наказания одного и того же деяния немецкая нормативная база представляет собой превосходное регулирование.

Норвегия (по показателю валового внутреннего продукта на душу населения 27 раз превышает показатель Грузии) и соответственно, норвежское законодательство было выбрано для данной статьи исходя из того, что на формирование налогового права большое влияние оказала Европейская Конвенция по Правам Человека²⁴ и практика²⁵. Норвежская правовая система (и, соответственно, суды) для установления природы штрафа руководствуется «критерием Энгеля»,²⁶ установленным Европейским Судом по Правам Человека. Соответственно, при квалификации санкции как «штраф»²⁷ включается такая гарантия и принцип Европейской Конвенции по Правам Человека как право справедливого суда и запрет двойного наказания²⁸. Уклонение от уплаты налогов наказывается Актом Налогообложения Норвегии исходя из тяжести деяния, уклонение от уплаты налогов перерастает в налоговое мошенничество.²⁹ Также, ответственность возрастает исходя из тяжести нарушения (в том числе, учитывая размер сокрытого налога или тяжести деяния). Если уклонение от уплаты налогов карается штрафом или лишением свободы сроком до двух лет, то мошенничество – штрафом и лишением свободы сроком до шести лет.³⁰

²⁴ Конвенция о защите прав и основных свобод человека, Рим, 4 ноября 1950 г.

²⁵ Там же, пункт 2.

²⁶ «Критерий Энгеля», детально см. в сноске 40.

²⁷ И как носитель «уголовного» значения, несмотря на его формальное местонахождение в правовой системе.

²⁸ Там же, подпункт 2.1.

²⁹ Там же, подпункт 2.1; примечательно, что в налоговом законодательстве имеют место оба деяния и их регулирование не происходит уголовным законодательством. Дополнительно см. Ассоциация малых и средних предприятий, Сравнительный анализ уклонения от уплаты налогов и уголовной ответственности, 27 февраль 2012 г., стр. 20.

³⁰ Там же, подпункт 2.1.

²³ <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD>, последний визит: 14.07.2015.

Показатель валового внутреннего продукта (ВВП) на душу населения исчисляется разделением валовой конечной продукции, произведенной в границах страны, на число населения. А валовой внутренний продукт – это общая стоимость валовой конечной продукции, произведенной в течение года в границах страны, и обслуживания. Все данные приведены в долларах США.

В заключение данного подраздела нужно выделить ту значительную тенденцию, которая изначально встречается в законодательстве Эстонии (в виде регулирования уклонения от уплаты налогов и налогового мошенничества разными статьями), что еще более развито в немецком законодательстве (во имя соблюдения принципа запрета двойного наказания, правонарушение, наказуемое налоговым правом, в зависимости от его тяжести, перенесено в Уголовный Кодекс). И наконец, нужно отметить норвежское законодательство, которое, несмотря на то, что вообще не рассматривает вышеназванные деяния как наказуемые в уголовном порядке, четко разделяет уклонение от уплаты налогов и налоговое мошенничество, а судебная практика с целью защиты принципа запрета двойного наказания руководствуется «критерием Энгеля», установленным Европейским Судом по Правам Человека.

II. *Ne bis in idem* – Запрет двойного наказания

Право справедливого суда, закрепленное статьей 42 Конституции Грузии, упоминается в грузинском конституционном праве как право «фундаментального значения», которое в демократическом обществе «не должно быть принесено в жертву целесообразности».³¹ Четвертым пунктом той же статьи гарантирован принцип запрета двойного наказания (осуждения) за одно и то же деяние, который должен толковаться по европейскому праву прав человека.³² В свою очередь, принцип *ne bis in idem* – никто не может быть наказан или осужден дважды за одно и то же преступление – запрещающий повтор уголовных процедур после принятия окончательного решения, закреплен четвертой статьей Седьмого Протокола Европейской Конвенции по защите Прав Человека.³³

Принцип *ne bis in idem* нарушен, если налицо 4 элемента кумулятивно:³⁴

1. Решение по уголовному делу, вступившее в законную силу (*res judicata*);
2. Новое осуждение или преследование за то же самое деяние;

³¹ Т. Тугуши, Г. Бурджанадзе, Г. Мшвениерадзе, Г. Гоциридзе, В. Менабде, Права человека и практика правопроизводства Конституционного Суда Грузии, 2013 г., стр. 594.

³² И. Бурдули, Е. Гоциридзе, Т. Ерквания, Б. Зоидзе, Л. Изория, И. Кобахидзе, А. Лория, З. Мачарадзе, М. Турава, А. Пирцхалашвили, И. Путкарадзе, Б. Кантария, Д. Церетели, С. Джорбенадзе, Комментарии Конституции Грузии (Глава 2. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека), 2013, стр. 552.

³³ Руотсалайнен против Финляндии (*Ruotsalainen v. Finland*) 16 сентября 2009 г., Пункт 41.

³⁴ И. Бурдули, Е. Гоциридзе, Т. Ерквания, Б. Зоидзе, Л. Изория, И. Кобахидзе, А. Лория, З. Мачарадзе, М. Турава, А. Пирцхалашвили, И. Путкарадзе, Б. Кантария, Д. Церетели, С. Джорбенадзе, Комментарии Конституции Грузии (Глава 2. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека), 2013, стр. 550-551.

3. Новое осуждение или преследование в том же государстве³⁵ и

4. Несуществование нововыявленных обстоятельств для возобновления процесса.³⁶

Согласно Kofler-у и Pistone в странах, где правовая система знакома с разными процедурами для целей налогового и уголовного права, возрастает опасность нарушения принципа *ne bis in idem*.³⁷ Вместе с тем, нужно отметить, что в целом *ne bis in idem* не защищает лицо от наложения дополнительной дисциплинарной ответственности за то же самое деяние.³⁸ В противовес этому по делу Руотсалайнен против Финляндии (*Ruotsalainen v. Finland*), в котором на господин Руотсалайнена на основании двух различных последовательных процедур был наложен штраф в порядке уголовного права и дебит тарифа горючего в административно-правовом порядке, Европейский Суд по Правам Человека установил, что был нарушен принцип *ne bis in idem*.³⁹

Европейский Суд по Правам Человека исследовал правовой характер процедур, проведенных в отношении г-на Руотсалайнена и при оценке основывался не только на праве государств-членов, но и дал оценку «уголовной санкции» и «штрафу» в аспекте общих принципов Конвенции⁴⁰. В результате использования «критериев Энгеля»⁴¹ суд заключил, что дело касалось уголовных

³⁵ «Запрет защищает лицо от повторного осуждения и преследования только в том же государстве и не имеет трансграничного действия». См. И. Бурдули, Е. Гоциридзе, Т. Ерквания, Б. Зоидзе, Л. Изория, И. Кобахидзе, А. Лория, З. Мачарадзе, М. Турава, А. Пирцхалашвили, И. Путкарадзе, Б. Кантария, Д. Церетели, С. Джорбенадзе, Комментарии Конституции Грузии (Глава 2. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека), 2013, стр. 551.

³⁶ И. Бурдули, Е. Гоциридзе, Т. Ерквания, Б. Зоидзе, Л. Изория, И. Кобахидзе, А. Лория, З. Мачарадзе, М. Турава, А. Пирцхалашвили, И. Путкарадзе, Б. Кантария, Д. Церетели, С. Джорбенадзе, Комментарии Конституции Грузии (Глава 2. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека), 2013, стр. 550-551.

³⁷ G. Kofler, M.P. Maduro, P. Pistone, *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, Netherlands, 2011, стр. 24.

³⁸ И. Бурдули, Е. Гоциридзе, Т. Ерквания, Б. Зоидзе, Л. Изория, И. Кобахидзе, А. Лория, З. Мачарадзе, М. Турава, А. Пирцхалашвили, И. Путкарадзе, Б. Кантария, Д. Церетели, С. Джорбенадзе, Комментарии Конституции Грузии (Глава 2. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека), 2013, стр. 551.

³⁹ Руотсалайнен против Финляндии (*Ruotsalainen v. Finland*), 16 сентября 2009 г., пункт 41.

⁴⁰ Там же, пункт 42 и добавил, что в случае присуждения этой дискреции государству, полученные результаты возможно оказались бы несовместимы с предметом и целью Конвенции.

⁴¹ По делу Энгель и другие против Нидерландов (*Engel and others v. The Netherlands*) Европейской Суд по правам человека разъяснил, что концепция «уголовно-правовая» является автономной и установил 3 основных критерия, при наличии которых санкция будет иметь «уголовно-правовое» значение. Критерии могут быть использованы кумулятивно в случае, когда анализ одного из критериев недостаточен для четкого заключения. Этими критериями являются: место преступления (и соответствующей санкции) в правовой системе местной страны; характер преступления или штрафа и степень строгости; Энгель и другие против Нидерландов (*Engel and others v. The Netherlands*), 8 июня 1976 г., пункт 81-82, Руотсалайнен против Финляндии (*Ruotsalainen v. Finland*), 16 сентября 2009 г., пункт 43; G. Kofler, M.P. Maduro, P. Pistone, *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, Netherlands, 2011, стр. 22, 137.

процедур,⁴² так как использование налогоплательщиком горючего с более низкой ставкой налогообложения было квалифицировано как мелкое мошенничество.⁴³ Отмеченное решение вошло в законную силу, так как господин Руотсалайнен его не обжаловал⁴⁴.

Касательно вопроса, носил ли дебит тарифа на горючее, установленный в административном порядке, уголовно-правовой характер, используя «Критерии Энгеля». Европейской Суд по Правам Человека постановил, что несмотря на административно-правовую квалификацию дебита тарифа на горючее в соответствии с законодательством Финляндии, исходя из общего характера правонарушения (распространялось на всех гражданах) и исходя из строгости наказания (использованная утроенная ставка была сочтена имеющей как сдерживающую, так и карательную функции),⁴⁵ дебит имел «уголовно-правовое» значение для целей четвертой статьи Седьмого Протокола.⁴⁶

И наконец, Суд по Правам Человека разъяснил, что имеет место «то же преступление», если оно основано на одних и тех же фактических обстоятельствах.⁴⁷ Так как уголовно-правовые и административно-правовые последствия в отношении г-на Руотсалайнена опираются на одни и те же фактические обстоятельства,⁴⁸ суд заключил, что были применены две «уголовно-правовые» процедуры и применена санкция за одно и то же правонарушение и, соответственно, был нарушен принцип, предусмотренный четвертой статьей Седьмого Протокола *ne bis in idem*.⁴⁹

III. Содержит ли статья 218 УКГ риск двойного наказания?

В случае уменьшения суммы налога на 50,000 лари:

- На основе требования налоговой службы министерства финансов на лицо налагается выплата

⁴² Руотсалайнен против Финляндии (Ruotsalainen v. Finland), 16 сентября 2009 г., пункт 43-44, Суд указал, что процедуры квалифицировались как «уголовно-правовые» по законодательству Финляндии, а также для целей четвертой статьи Седьмого Протокола.

⁴³ Там же, пункт 44.

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ Там же, пункт 46. Именно поэтому не была разделена позиция государства, утверждающего, что санкция лишь компенсирует вред.

⁴⁶ Там же, пункт 45-47.

⁴⁷ Там же, пункт 48, Европейский суд по правам человека «гармонизированно» истолковал понятие «те же преступления»; так же, см. С. Золотухин против России (Sergey Zolotukhin v. Russia, 10 февраля 2009 г.), пункт 82.

⁴⁸ Уголовно-правовой штраф основывался на двух фактических обстоятельствах: заявитель использовал горючее с более низкой налоговой ставкой, не заплатив дополнительный налог и сам заполнил бак; административный штраф основывался на том фактическом обстоятельстве, что заявитель использовал горючее с более низкой налоговой ставкой, не предупредив заранее об этом транспортную организацию, из-за чего на него был наложен налог в трёхкратном размере. Руотсалайнен против Финляндии (Ruotsalainen v. Finland), 16 сентября 2009 г., пункт 51-52; Maria Ruiz, 18 Lex ET Scientia Int'l J. 9 2011, стр. 14.

⁴⁹ Руотсалайнен против Финляндии (Ruotsalainen v. Finland), 16 сентября 2009 г., пункт 51-52.

основного налога, сокрытого налогоплательщиком;

- По тому же налоговому требованию на лицо налагается штраф в размере 10% или с наибольшей вероятностью в размере 50% от уменьшенного налога, так как 10%-ый штраф касается лишь одного и специфического уменьшения, а 50%-ый – всех остальных случаев.
- Тем же налоговым требованием на лицо будет наложена пеня, что составляет 0,05% неоплаченного налога за каждый просроченный день и будет начисляться на налогоплательщика с первого же просроченного дня.
- Для обеспечения государственного требования на все имущество налогоплательщика накладывается налоговый залог (ипотека) и
- На основе решения налогового органа дополнительно возможно наложение ареста на банковские счета налогоплательщика в том случае, если налогоплательщиком не будут представлены дополнительные средства обеспечения, к примеру, банковская гарантия;
- Будет наложена уголовная ответственность, если будет доказано намерение лица уклониться от уплаты налогов и
- Утягчается уголовная ответственность, если будет иметь место такое утягчающее обстоятельство, как, к примеру, особо крупный размер сокрытия налогов, например 100000 лари.

Учитывая все сказанное существует большой риск того, что будет нарушен принцип запрета двойного наказания, так как штраф или пеня, которые начисляются на основную задолженность исходя из их характера и степени строгости возможно будут признаны носителями «уголовного» значения, тогда как лицо в одних и тех же фактических обстоятельствах может быть признано виновным (тем более, что границы уменьшенного налога – 50,000 и 100,000 лари в условиях Грузии довольно низки), и возможно наложение наказания в уголовном порядке. Более того, возможно будет иметь место нарушение шестой статьи Конвенции по защите Прав Человека, так как дополнительное обеспечение налогового требования, такое как арест банковских счетов или его альтернатива, банковская гарантия, или страховой полис, являются носителями эффекта незамедлительного исполнения и налагают лишнее бремя на лицо.⁵⁰

IV. Заключение

Еще в феврале 2012 года в подготовленном Ассоциацией малых и средних предприятий Сравнительном

⁵⁰ Ферацини против Италии (Ferrazzini v. Italy), 12 июля 2001 г., совпадающее мнение судьи Песса).

анализе об уклонении от уплаты налогов и уголовной ответственности, авторы отмечали, что для наложения уголовной ответственности денежные границы, установленные Налоговым Кодексом и Уголовным Кодексом Грузии, очень низки и что подобная огрешность может иметь место не по намерению налогоплательщика, «а из-за ошибки, иной интерпретации закона или из-за независимого определения налоговых обязательств налоговым органом... Соответственно, добросовестный производитель, по объективным причинам, может предстать перед нами правонарушителем и носителем уголовной ответственности», что, со своей стороны, признавали обстоятельством, препятствующим притоку инвестиций.⁵¹

Неоспорим тот факт, что ничто не заменит обязательство лиц платить налоги. Отмеченное подчеркнул по делу Ферраццини против Италии (*Ferrazzini v. Italy*) судья Ресс и отметил, что развитие конвенции в направлении налогового права не заменяет обязанность лица платить налоги.⁵² А в случае их невыплаты необходимо, исходя из интересов государства, принимать меры в границах, предусмотренных законом, защищая принципы прав человека.

Здесь же нужно отметить четкое желание развитых европейских стран, избежать риск двойного наказания, что не только желательно, но и необходимо также для нашей страны.

Более того, в направлении налогового права Европа пошла еще дальше и развила «новый взгляд», основанный на консенсусе и конструктивном диалоге между налоговым органом и налогоплательщиком.⁵³ «Налогоплательщик больше не является простым приемщиком налоговой политики, а должен восприниматься как участник правовых отношении между равными»⁵⁴

И наконец, ассоциированным соглашением, как уже отмечалось, Грузия сделала свой европейский выбор и за пределами общих лозунгов взяла на себя в рамках соглашения конкретные обязательства, в том числе, ряд обязательств по Приложению XXII ассоциированного соглашения. Кроме этого, страна обязана защищать Европейскую Конвенцию по Правам Человека как часть внутреннего законодательства страны и учитывать практику Европейского Суда по Правам Человека.

⁵¹ Ассоциация малых и средних предприятий, Сравнительный анализ уклонения от налогов и уголовной ответственности, 27 февраля 2012 г., стр. 12.

⁵² Ферраццини против Италии (*Ferrazzini v. Italy*), 12 июля 2001 г., совпадающее мнение судьи Ресса).

⁵³ G. Kofler, M.P. Maduro, P. Pistone, *Human rights and Taxation in Europe and the world*, Netherlands, 2011, стр. 412.

⁵⁴ Там же, стр. 413.

Особенности уголовно-правовой квалификации в Республике Армения преступлений, направленных против достоинства, жизни и здоровья человека, совершаемых в сфере трансплантации органов и (или) тканей человека

I. Предисловие

Согласно докладу Секретариата Всемирной организации здравоохранения от 25 марта 2010 года № А63/24 под заглавием «Трансплантация органов и тканей» незаконная продажа в коммерческих целях клеток, тканей, органов, а также продажа органов, осуществляемая с использованием лиц, похищенных или обманным путем перемещенных в другое государство и насильственно используемых в качестве «донора», продолжают оставаться серьезной проблемой.

Согласно данным Всемирной организации здравоохранения ежегодно с использованием незаконной торговли органов, трафикинга органов, а также с использованием в рамках туризма в целях трансплантации насилия или уязвимости финансового положения «доноров» изымается около 15000 почек.

Согласно официальной статистике в течение 2004-2015 годов в РА зарегистрирован только один случай преступления, связанного с трансплантацией органов и (или) тканей. Однако, по нашему мнению, такая статистика является не следствием отсутствия в РА незаконной торговли органами, трафикинга органов и преступлений, связанных с незаконной трансплантацией человеку органов и (или) тканей, а следствием их латентности.

Наше утверждение относительно латентности основано на тех фактах, что выявленный в РА в 2012 году трафикинг органов производился посредством вербовки «доноров» в целях незаконного изъятия почек. После вербовки граждане РА перемещались в город Коломбо в Шри-Ланка, где в результате хирургического вмешательства во внебольничных условиях было изъято по одной почке. Каждому из «доноров» было выплачено десять тысяч долларов.

Выплаты были произведены своевременно, и с учетом того обстоятельства, что «доноры» находились в тяжелом финансовом положении, они не были заинтересованы сообщать об изъятых у них органах компетентным органам.

В описанном случае наличие обоюдных «выгодных» условий, а также уязвимого финансового положения «доноров» позволяет нам предположить, что трафикинг органов и сформировавшийся вследствие этого «черный рынок» органов являются актуальными проблемами также для РА, как государства, являющегося возможным поставщиком органов и (или) тканей. Этим обстоятельством обосновывается необходимость научного исследования соответствующих статей Уголовного кодекса РА, предусматривающих ответственность за преступления, направленные против достоинства, жизни и здоровья человека, совершаемые в сфере трансплантации человеку органов и (или) тканей, и выявления и исправления имеющихся в них недостатков.

II. Особенности уголовно-правовой квалификации в Республике Армения преступлений, направленных против достоинства человека, совершаемых в сфере трансплантации органов и (или) тканей человека

Согласно статье 14 Конституции РА достоинство человека уважается и охраняется государством как неотъемлемая основа его прав и свобод.

Достоинство человека, как и его жизнь, не принято ставить в зависимость от общественной значимости, возраста, пола, убеждений личности и прочего. Какое-либо обстоятельство, в том числе отрицательная оценка в общепринятом понимании, психическое заболевание личности, чрезвычайная ситуация, война и прочее не могут служить основанием для унижения достоинства человека. Под унижением достоинства личности понимается такое чье-либо поведение, которое посягает на личность, причиняет вред ее репутации, принося ей, таким образом, нравственные страдания.

Речь о достоинстве может идти тогда, когда говорится о человеческих качествах человека, так как достоинство является исключительно человеческим свойством и не присуще другим существам. Единственным необходимым и достаточным предварительным условием обретения достоинства является сама человечность, однако чрезвычайно важно осознание того, что достоинство не является каким-то видовым качеством человека, оно является индивидуальным качеством человека².

¹ Преподаватель кафедры уголовного права юридического факультета Ереванского государственного университета, кандидат юридических наук, первый заместитель руководителя Судебного департамента РА, секретарь Совета председателей судов РА.

² См. «Հայաստանի Հանրապետության Սահմանադրության մեկնաբանություններ», ընդհանուր խմբագրությամբ Գ. Հարությունյանի, Ա.Վաղարշյանի, Երևան 2010 (Комментарии к Конституции Республики Армения, Г. Арутюнян, А. Вагаршян, Ереван 2010), стр. 163-170.

Резолюциями, принятыми Парламентской Ассамблеей Совета Европы (А 2 327/88 и А 2 372/88 от 16 марта 1969 года) установлено, что на эмбрион человека во всех случаях распространяется требование об уважении человеческого достоинства. Таким образом, начиная уже с этого момента права человека приобретают фундаментальное значение.

Статья 126 Уголовного кодекса РА, действующая до 1 марта 2011 года, предусматривала ответственность за принуждение к отдаче частей или тканей тела. Признав Законом ЗР-69-Н от 1 марта 2011 года недействительной статью 126 Уголовного кодекса РА, законодатель рассматривает изъятие органов или тканей в качестве трафикинга человека, который может проявляться в виде вербовки, перевозки, выдачи, укрывательства или получения человека в целях эксплуатации, а также в виде эксплуатации человека (части 1 и 4 статьи 132 Уголовного кодекса РА).

По смыслу статьи 132 Уголовного кодекса РА вербовка может осуществляться выбором, поиском, регистрацией жертвы, проведением с ней беседы и иными способами, а использование уязвимости положения предполагает использование такой ситуации, когда жертва не имеет альтернативы. Уязвимое положение может возникать по разным причинам: физическим, психологическим, из-за стресса, по семейным, социальным или экономическим обстоятельствам. Следовательно, думаем, что трафикинг, в том числе и трафикинг, осуществленный в форме изъятия органов и (или) тканей, считается совершенным с использованием уязвимости положения, когда жертва, исходя из разных обстоятельств, в том числе и тяжелых социально-экономических условий, вынуждена выполнить требования преступника.

Что касается принуждение человека к отдаче органов и (или) тканей, то думаем, что подобное деяние подлежит квалификации в качестве попытки трафикинга. Конечно, в практике существует также точка зрения относительно того, что принуждение человека к отдаче органов и (или) тканей подлежит квалификации в качестве попытки эксплуатации. Этот подход основан на дифференциации понятий «эксплуатация человека», «доведение до или содержание в состоянии эксплуатации» и «трафикинг». По нашему мнению, однако, такая дифференциация не вытекает из буквального толкования части 1 статьи 132 Уголовного кодекса РА, согласно которой эксплуатация человека либо его доведение до состояния или содержание в состоянии эксплуатации являются составляющими объективную сторону трафикинга деяниями, которые перечислены в описательной диспозиции в качестве деяний, характеризующих трафикинг, и, следовательно, не являются самостоятельными преступлениями. Что касается заглавия статьи 132 Уголовного кодекса

РА «Трафикинг или эксплуатация человека», то считаем необходимым подчеркнуть, что согласно части 3 статьи 86 Закона РА «О правовых актах» «...Название правового акта или заглавие раздела, главы или статьи правового акта не могут быть использованы для толкования правового акта или соответственно его раздела, главы или статьи». Следовательно, в случае принуждения человека к отдаче органов и (или) тканей мы имеем дело с попыткой трафикинга, а не с попыткой эксплуатации.

III. Особенности уголовно-правовой квалификации в Республике Армения преступлений, направленных против жизни человека, совершаемых в сфере трансплантации органов и (или) тканей человека

В юридической литературе вопрос, связанный с трансплантацией человеку органов и (или) тканей, и вообще касающийся объекта преступлений, направленных против жизни, дает повод для многочисленных споров, и каждый из авторов комментирует его особым образом³. Считаем, что каждый из подходов к объекту преступлений, направленных против жизни, толкует объект преступлений, направленных против жизни, с самостоятельной точки зрения и, несомненно, имеет право на существование. Однако, по нашему мнению, на настоящем этапе развития уголовного права наиболее применим подход к объекту преступлений, направленных против жизни С.Б. Бородин, согласно которому объектом преступлений, направленных против жизни, является жизнь человека, которая состоит не только из биологических процессов, но и включает общественные отношения, которые обеспечивают жизнедеятельность человека и защищают его жизнь⁴.

В уголовно-правовом смысле жизнь существует тогда, когда человек родился и еще не умер, то есть, продолжает жить⁵. Спорным, однако, является вопрос: с какого момента начинается жизнь и когда она кончается? Так, «Декларация о медицинских абортах» (Осло, 1970 г.) фиксирует принцип уважения

³ См., в частности, Никифоров Б. Объект преступления по советскому уголовному праву. – М., 1960, стр. 22, Загородников Н. Преступления против жизни по советскому уголовному праву, М.: Госюриздат, 1961 стр. 30, Коржанский Н. Объект и предмет уголовно-правовой охраны. – М.: Академия МВД СССР, 1980, стр. 36, Красиков А. Сущность и значение потерпевшего в современном уголовном праве. – Саратов: СГУ, 1976, стр. 2, Здравомыслов Б. Уголовное право РФ. Особенная часть. М., Юристъ, 1999, стр. 122.

⁴ См. Бородин С. Преступления против жизни. М.: Юрист, 1999, стр.175.

⁵ См. Հայաստանի Հանրապետության քրեական իրավունք: Հատուկ մաս (հինգերորդ հրատարակություն փոփոխություններով և լրացումներով) / Երևանի պետ. համալս. – Եր., ԵՊՀ հրատ., 2011 (Уголовное право Республики Армения: Особенная часть (5-ое издание, с изменениями и дополнениями) / Ереванский государственный университет – Ереван, ЕГУ изд., 2011), стр 38.

врачом жизни человека начиная с момента оплодотворения. В рамках этого подхода, думаем, становится очевидным, что начало жизни человека связывается с фактом оплодотворения.

Подходы, применяемые в уголовно-правовой литературе, однако, отличаются от подходов, имеющих в медицинской сфере⁶.

А. А. Жижиленко считает, что с момента начала родов, особенно если часть тела новорожденного уже вышла из утробы матери, можно говорить о рождении человека⁷. Схожий подход выражают Ш. С. Рашковская⁸, Э. Ф. Побегайло⁹, Н. И. Загородников¹⁰ и другие авторы, которые начало жизни человека связывают с началом физиологических родов, что свидетельствовало о том, что плод созрел и приобрел качества, необходимые для внеутробной жизни. Согласно точке зрения Г. Н. Борзенкова жизнь человека начинается с момента рождения, однако, так как роды сами по себе имеют определенную продолжительность во времени и проходят в несколько этапов, следовательно, началом жизни человека принято считать начало физиологических родов¹¹. Такой подход к началу жизни человека, можно сказать, имеет приоритетное значение в современной науке об уголовном праве и имеет исходное значение для квалификации преступлений, направленных против жизни человека. Однако, можно ли применять его при квалификации преступлений, посягающих на жизнь человека в связи с трансплантацией человеку органов и (или) тканей?

Согласно заявлению по итогам сессии Совета Европы по вопросам биоэтики (апрель 1996 года) эмбрион является человеком начиная с 14-го дня после оплодотворения, когда он уже не орган и не часть материнского организма¹².

С точки зрения уточнения объекта преступлений, направленных против жизни, в связи с их направленностью против человека, в том числе с транспланта-

цией человеку органов и (или) тканей, придается важность рассмотрению вопроса о моменте смерти. Согласно подходу, основанному на данных современной медицины, моментом конца жизни человека является момент наступления биологической смерти, когда после прекращения работы сердца начинается необратимое разложение клеток головного мозга. Дело заключается в том, что сердце возможно «реанимировать» через несколько часов после его остановки. Более того, можно провести операцию по трансплантации сердца, сохраняя в процессе операции жизнедеятельность организма человека посредством специального оборудования, однако смерть клеток головного мозга – смерть головного мозга – является необратимым процессом.

Интересно, что момент конца жизни в разные периоды толковался разным образом. Первоначально моментом конца жизни человека считалась остановка дыхания, прекращение работы сердца и прекращение функционирования центральной нервной системы. В 1977 году Министерством здравоохранения СССР был принят временный циркуляр, в котором были зафиксированы условия определения биологической смерти и допускающие изъятие почек в целях трансплантации. Согласно этому документу конец жизни связывается с моментом наступления биологической смерти, а для определения последней в вышеуказанном циркуляре предусматривался довольно широкий перечень признаков. В 1985 году Министерством здравоохранения СССР принят новый документ – временный циркуляр относительно фиксации факта смерти мозга, который был утвержден приказом министра здравоохранения СССР № 236 от 17 февраля 1987 года в качестве постоянной инструкции по фиксации факта смерти мозга. В этих двух последних документах была зафиксирована концепция смерти головного мозга в качестве критерия смерти человека.

В статье 1 Закона РА «О трансплантации органов и (или) тканей человека» смерть мозга определяется как полное и необратимое прекращение жизнедеятельности головного мозга, которое регистрируется в условиях работающего сердца и искусственной вентиляции легких. Смерть мозга равноценна смерти человека.

В США в 1980 году совместными усилиями врачей, юристов представителей законодательного органа и церкви принят «Единый закон об установлении смерти», в котором впервые дано правовое понятие смерти. Так, согласно вышеупомянутому закону, умершим считается человек, находящийся в состоянии необратимой остановки кровообращения и дыхательных функций или необратимого прекращения всех функций головного мозга, в том числе черепной коробки.

⁶ См., в частности, Уголовное право России. Особенная часть / Под ред. Б.В. Здравомыслова. М., Юристъ, 1996, 1996, стр. 20, Таганцев Н. О преступлениях против жизни по русскому праву. Т. 1, СПб.: Тип. Н.А. Неклюдова, 1870, Познышев С. Очерк основных начал науки уголовного права. Ч. 1 – 2. – М.: Изд-во Наркомюста, 1923, стр. 6, Шаргородский М. Преступления против жизни и здоровья. М., Юрид. изд-во МЮ СССР 1947, стр.59.

⁷ См. следующую работу: Жижиленко А. Преступления против личности. М.: ГИЗ, 1927.

⁸ См. Рашковская Ш. Советское уголовное право: Преступления против жизни, здоровья, свободы, чести и достоинства личности. Часть особенная, под общ. ред. Васильев А.Н.-М., 1959, стр. 9.

⁹ См. Побегайло Э. Умышленные убийства и борьба с ними. Уголовно-правовое и криминологическое исследование. – Воронеж, изд-во Воронеж. ун-та, 1965, стр. 12.

¹⁰ См. Загородников Н. Преступления против жизни по советскому уголовному праву, М.: Госюриздат, 1961, стр.5.

¹¹ См. Борзенков Г. Квалификация преступлений против жизни и здоровья. Учебно-практическое пособие. – М.: Зерцало, 2005, стр. 21.

¹² См. Попов А. Убийство матерью своего новорожденного ребенка. – СПб.: Петерб. Юрид. Ин-т Ген. Прокуратуры РФ, 2001, стр. 12.

Из анализа изложенных подходов и определений можно сделать вывод о том, что понятия «смерть человека» и «смерть головного мозга» являются равноценными¹³, следовательно, логично, что начиная с 80-х годов прошлого века возникла необходимость в разработке таких патологических критериев, которые позволили бы максимально достоверным образом диагностировать смерть головного мозга. В современной медицине широко применяются патологические критерии, разработанные в Гарвардской медицинской школе¹⁴. Кроме критериев Гарвардской медицинской школы существуют также критерии, разработанные Ассоциацией медицины Миннесоты, Американской неврологической ассоциацией и рядом других исследовательских групп США, а также королевскими колледжами и факультетами Великобритании, странами Скандинавии (Дания, Швеция, Финляндия), а также исследователями из Японии.

Согласно статье 8 Закона РА «О трансплантации органов и (или) тканей человека» «... Факт смерти мозга констатирует врачебная комиссия, состав и порядок деятельности которой устанавливаются уполномоченным органом. В состав врачебной комиссии не могут быть включены врачи, осуществляющие трансплантацию, и другие лица, связанные с работами по трансплантации».

Пункт 14 части 2 статьи 104 Уголовного кодекса РА предусматривает ответственность за убийство, совершенное при отягощающих обстоятельствах, при убийстве в целях использования частей тела или тканей потерпевшего. Субъект указанного преступления общий – способное на преступление физическое лицо, которому исполнилось 14 лет. При квалификации деяния в качестве убийства в целях использования частей тела или тканей потерпевшего никакого значения не имеют личность преступника, его профессия, занимаемое им положение и другие обстоятельства. То есть, если даже больного умышленно лишит жизни врач в целях изъятия его органов и (или) тканей, то его деяние подлежит квалификации в качестве убийства, совершенного при отягощающих обстоятельствах. Таким же образом никакого значения не имеет неизлечимость больного или желание врача спасти жизнь другого лица.

Как уже отмечалось, объектом преступлений, направленных против жизни, является жизнь человека, и ее уголовно-правовая защита прекращается с момента биологической смерти человека. То есть, нельзя говорить об убийстве, если человек уже умер,

таким же образом невозможно совершение убийства в целях использования частей тела или тканей потерпевшего, если потерпевший уже умер. По нашему мнению, в подобном случае лицо должно быть привлечено к уголовной ответственности за совершение посягательства на ненадлежащий объект, если оно не сознавало, что пострадавший мертв. То есть, деяние лица в данном случае должно квалифицироваться как попытка убийства в целях использования частей тела или тканей потерпевшего.

В случае осознания обстоятельства смерти вопрос уголовной ответственности лица становится проблематичным. С первого взгляда кажется, что в подобном случае лицо подлежит ответственности по статье 265 Уголовного кодекса РА, которая, в числе других, предусматривает уголовную ответственность за надругательство над трупом. Однако, надругательство над трупом с субъективной стороны характеризуется как прямой умысел, а с объективной стороны – как совершение в отношении трупа такого деяния, которое оскорбительно для памяти умершего¹⁵. То есть, лицо сознает, что над трупом совершается такое деяние, которое оскорбительно для памяти умершего, и в случае подхода к вопросу в таком разрезе возникает вопрос: оскорбляет ли своими действиями память умершего лицо, незаконно изымающее части тела или ткани трупа?

Для ответа на поднятый вопрос необходимо уделить внимание тому обстоятельству, что уважительное отношение и надругательство являются преимущественно нравственными категориями и выражают отношение лица к другому лицу, в том числе к памяти о нем¹⁶, и не случайно, что объектом состава преступления, предусмотренного статьей 265 Уголовного кодекса РА, являются общественные отношения, направленные на обеспечение нравственности. Лицо, незаконно изымающее из трупа органы и (или) ткани, может не иметь какого-либо отношения к памяти трупа, может вообще не знать это лицо при его жизни. Следовательно, думаем, что в подобных случаях в деянии лица отсутствуют объективные и субъективные признаки состава преступления, связанного с надругательством, и его деяние не может быть квалифицировано по статье 265 Уголовного кодекса РА.

¹⁵ Анализ состава преступления по надругательству над трупом или местами захоронения см. в Հայաստանի Հանրապետության քրեական իրավունք: Հատուկ մաս (ինքզերոյդ հրատարակութիւնն փոփոխութիւններով և լրացումներով) / Երևանի պետ. համալս. – Եր., ԵՊՀ հրատ., 2011 (Уголовное право Республики Армения: Особенная часть (5-ое издание, с изменениями и дополнениями) / Ереванский государственный университет – Ереван, ЕГУ изд., 2011), стр 637.

¹⁶ По Толковому словарю современного армянского языка Э. Д. Агабяна уважение – это чувство почтения в отношении одного лица по его достоинствам, заслугам. См. Աղայան Է. Դ. Արդի հայերենի բացատրական բառարան, 2 հատոր, «Հայաստան» Հրատարակչություն, Երևան 1976 (Агаян Э.Д. Толковый словарь современного армянского языка, второй том, «Аястан» изд., Ереван, 1976).

¹³ См. Розенталь Р., Соболев В., Сондоре А. Донорство в трансплантации органов. – Рига: Звайгзне, 1987. – стр. 166, Varhard C.H. The operation: a human cardiac transplantation, an intern Report of a successful operation pereosmel at groote Schuur hospital Capetown. South Afr. Med. J., 1967. – Vol. 42. – 1271.

¹⁴ См. Robertson J. // Circulation. – 1987. – Vol. 75. – №1. – стр. 146-156.

Основываясь на изложенных доводах, считаем, что в связи с уголовной ответственностью за незаконное изъятие из трупа органов и (или) тканей имеет место законодательный недочет и в Уголовном кодексе РА необходимо предусмотреть такой состав преступления, который предусмотрит ответственность за совершение незаконных деяний в отношении трупа, в том числе за изъятие из трупа органов и (или) тканей с нарушением установленного законом порядка и их куплю-продажу.

С объективной стороны убийство в целях использования частей или тканей тела проявляется в незаконном лишении жизни другого лица и оно считается завершенным с момента наступления смерти пострадавшего. Что касается использования органов и (или) тканей после убийства, то такое деяние согласно пункту 14 части 2 статьи 104 Уголовного кодекса РА подлежит квалификации даже в том случае, если преступник после убийства не успевает использовать часть или ткани тела потерпевшего. Изложенный подход основывается на буквальном толковании приведенной статьи Уголовного кодекса РА. Дело заключается в том, что уголовный закон использует формулировку «в целях использования частей тела или тканей потерпевшего», что означает, что на законодательном уровне подчеркивается не само использование, а наличие цели использования. Думаем, что по той же логике лицо подлежит уголовной ответственности за убийство в целях использования частей тела или тканей потерпевшего, если оно убило потерпевшего, но не изъяло или не успело изъять часть тела или ткани потерпевшего. В этом аспекте, думаем, определенный интерес представляет собой случай совершения убийства по предварительномуговору поделщиками или его совершение организованной группой. По нашему мнению, в подобном случае деяние должно квалифицироваться в качестве убийства, совершенного группой лиц по предварительномуговору или организованной группой в целях использования частей тела или тканей потерпевшего, если изъятие частей тела или тканей потерпевшего входило в умысел поделщиков или членов группы. Однако, в случае, когда члены группы или поделщики не знают о деяниях друг друга, например, когда один из них совершает убийство, не осознавая, что будут изъяты орган и (или) ткани убитого, а другой изымает орган и (или) ткани, не осознавая, что потерпевший был убит именно с этой целью, деяние первого из поделщиков должно квалифицироваться как простое убийство, а в деянии второго, фактически, не имеется состава преступления, если оно не совершило надругательства над трупом. Следует подчеркнуть, что в случае поделничества по предварительному соглашению описанная ситуация едва ли

возможна, однако совершение такого преступления (преступлений) организованной группой, когда имеются несколько поделщиков, не кажется нереальным.

IV. Особенности уголовно-правовой квалификации в Республике Армения преступлений, направленных против здоровья человека, совершаемых в сфере трансплантации органов и (или) тканей человека

Непосредственным объектом преступления, предусмотренного пунктом 13 части 2 статьи 112 и частью 1 статьи 125 Уголовного кодекса РА, являются общественные отношения, направленные на обеспечение здоровья человека.

Здоровье – это такое физиологическое состояние организма человека, когда все его системы, части и органы действуют нормально. В преамбуле Устава Всемирной организации здравоохранения здоровье характеризуется как «... состояния полного физического, душевного и социального благополучия, а не только отсутствия болезней и физических дефектов». Следует отметить, однако, что такое определение не принимается однозначно и подвергается критике как в юридической, так и в медицинской литературе¹⁷. По нашему мнению, здоровье необходимо рассматривать в качестве нематериальной ценности, которая присуща каждому человеку с момента рождения и не зависит от тех конкретных общественных отношений, в которые человек вступает в ходе своего существования в обществе. То есть, с точки зрения объекта уголовно-правовой защиты здоровье является нематериальным благом, которое характеризуется как состояние физического и душевного благополучия человека.

Право человека на здоровье закреплено в статье 38 Конституции РА. Из толкования этого конституционного положения видно, что право на здоровье состоит из двух групп или элементов прав. Одна из этих групп относится к праву на получение медицинской помощи и медицинского обслуживания лиц, имеющих проблемы со здоровьем, а другая группа – праву на обеспечение необходимых условий для здоровья.

¹⁷ См. Шевчук С. Правовой механизм ограничения личных немущественных прав граждан в сфере здравоохранения. Ставрополь, 2004, стр. 24, Авдеев М. Судебно-медицинская экспертиза живых лиц. М., 1998, стр. 130, Популярная медицинская энциклопедия /Под ред. Б.Б. Петровского. М., 1979, стр. 225, Никифоров А. Ответственность за телесные повреждения по советскому уголовному праву. М., 1959, стр. 14, Дубовец П. Ответственность за телесные повреждения по советскому уголовному праву. М., 1964, стр. 14, Загородников Н. Преступления против жизни по советскому уголовному праву, М.: Госюриздат, 1961, стр. 16.

Трансплантация органов и (или) тканей человека причисляется к числу медицинских мер, направленных на реализацию прав первой группы¹⁸.

Пункт 13 части 2 статьи 112 Уголовного кодекса РА предусматривает ответственность за умышленное причинение тяжкого вреда здоровью в целях использования частей тела или тканей потерпевшего. Это является одним из наиболее опасных преступлений, направленных против здоровья. Как уже отмечалось, объектом этого преступления являются общественные отношения, направленные на обеспечение здоровья человека, независимо от состояния здоровья человека и его индивидуальных особенностей.

Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью в целях использования частей тела или тканей проявляется в первую очередь в причинении тяжкого вреда здоровью лица, с тем, чтобы стало возможным изъятие у него того или иного органа (ткани), и, во вторых – принудительное изъятие какого-либо органа (ткани). Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью в целях использования частей тела или тканей считается завершенным с момента причинения тяжкого вреда здоровью потерпевшего, независимо от того обстоятельства, изъято или использовало ли совершившее преступление лицо часть тела или ткани потерпевшего.

С точки зрения правовой квалификации определенный интерес представляет случай, когда тяжкий вред здоровью потерпевшего умышленно причиняется в целях использования частей его тела или тканей, однако вследствие изъятия части тела или ткани потерпевший умирает. Думаем, что здесь следует рассмотреть несколько вариантов. Так, если при изъятии органа и (или) тканей потерпевшего совершившее преступление лицо проявляет неосторожность, приводящую к смерти потерпевшего, то, думаем, что деяние подлежит квалификации в качестве умышленного причинения тяжкого вреда здоровью, повлекшее по неосторожности смерть потерпевшего. В случае, когда при изъятии органа и (или) тканей потерпевшего совершившее преступление лицо проявляет косвенный умысел, что приводит к смерти потерпевшего, то деяние подлежит квалификации в качестве убийства. По нашему мнению, однако, в условиях такой квалификации надлежащую оценку не получает обстоятельство изъятия органа и (или) тканей потерпевшего. Думаем, что неверной является также квалификация деяния согласно пункту 14 части 2 статьи 104 Уголовного кодекса РА, так как,

как уже отмечалось, в приведенной статье речь идет о цели использования частей тела или тканей потерпевшего, а убийство совершается до изъятия органа или тканей. Получается, что в условиях действующего уголовного закона при изъятии органа и (или) тканей потерпевшего, приведшей к его смерти, дача правовой оценки смерти как результата косвенного умысла невозможна.

Особенным является субъект состава преступления, закрепленного в статье 125 Уголовного кодекса РА. В качестве такового может выступать только то лицо, на которое возложена обязанность по соблюдению предусмотренных законом условий и порядка изъятия или трансплантации части тела или тканей человека.

Согласно пункту 17 постановления Правительства РА №1260, принятому на основании статьи 4 Закона РА «О трансплантации органов и (или) тканей человека» трансплантация изъятых органов и (или) тканей осуществляется только группой врачей, среднего и младшего медицинского персонала, которые имеют соответствующую подготовку. В случае трупного донора в указанную медицинскую группу не могут быть включены врачи, которые участвовали в констатации смерти мозга донора.

По нашему мнению, приведенное понятие имеет очень общий характер и его необходимо уточнить. Речь, в особенности, касается формулировки «врач, имеющий соответствующую подготовку», а также вопроса: правомочен ли средний и младший медицинский персонал осуществлять трансплантацию органов и (или) тканей? Так, в лингвистическом аспекте врач характеризуется как лицо, получившее высшее образование, специалист в области медицины¹⁹. Врачи всех специальностей, в том числе хирурги, осуществляющие трансплантацию²⁰, являются субъектами врачебной деятельности²¹. Врачебная деятельность состоит из медицинской помощи и медицинского обслуживания.

¹⁹ См. Աղայան Է.Ն. Արդի հայերենի բացատրական բառարան, 2 հատոր, «Հայաստան» Հրատարակչություն, Երևան 1976 (Агаян Э.Н. Толковый словарь современного армянского языка, второй том, «Аястан» изд., Ереван, 1976), стр. 191.

²⁰ Трансплантация органов и (или) тканей человека является самостоятельной ветвью хирургии, в специальной литературе она именуется также реконструктивной хирургией. См. об этом: «Հանրամատչելի բժշկական հանրագիտարան»-Եր.: Հայկ. հանրագիտարանի գլխ. խմբ., 2001, стр. 684. Хирургия является разделом клинической медицины, см. об этом: Петров С. Общая хирургия.-СПб.: Издательство «Лань», 1999, стр. 13. Хирург является специалистом с высшим медицинским образованием, врачом, получившим лицензию хирурга, см. об этом: «Հանրամատչելի բժշկական հանրագիտարան»-Եր.: Հայկ. հանրագիտարանի գլխ. խմբ., 2001, стр. 103, Петров С. Общая хирургия.-СПб.: Издательство «Лань», 1999, стр. 22.

²¹ Термин «медицинская деятельность», однако, в действующем Уголовном кодексе РА применяется только в статье 280, которая предусматривает ответственность за незаконное занятие частной медицинской или фармацевтической деятельностью, изготовление или реализацию фальшивых лекарств.

¹⁸ См. Հայաստանի Հանրապետության քրեական իրավունք: Հատուկ մաս (հինգերորդ հրատարակություն փոփոխություններով և լրացումներով) / Երևանի պետ. համալս. – Եր., ԵՊՀ հրատ., 2011 2011 (Уголовное право Республики Армения: Особенная часть (5-ое издание, с изменениями и дополнениями) / Ереванский государственный университет – Ереван, ЕГУ изд., 2011), стр. 188, 199, 208-209.

Из анализа положения, закрепленного в части 1 статьи 1 Закона РА “О медицинской помощи, обслуживании населения”, видно, что Закон не различает понятия “медицинская помощь” и “медицинское обслуживание”. Между тем, по нашему мнению, медицинскую помощь как содержание врачебной деятельности, необходимо отличать от медицинского обслуживания – формы врачебной помощи.

Медицинская помощь – это совокупность врачебно-профилактических мероприятий, осуществляемых лицами, имеющими высшее или среднее специальное медицинское образование, при болезнях, травмах, отравлениях, а также родах²².

Медицинское обслуживание является самостоятельной сферой обслуживания населения. Следовательно, думаем, что в Законе РА “О медицинской помощи, обслуживании населения” необходимо разграничение понятий “медицинская помощь” и “медицинское обслуживание”. По нашему мнению, субъектом медицинской помощи и медицинского обслуживания может являться физическое лицо, имеющее только высшее или среднее специальное медицинское образование.

Изложенные суждения касаются трансплантации уже изъятых органов и (или) тканей, однако из анализа статьи 125 Уголовного кодекса РА видно, что она предусматривает ответственность не только за нарушение установленного законом порядка трансплантации, но и за изъятие частей тела и тканей человека. Следовательно, необходимо также уточнить, кто правомочен изымать органы и (или) ткани у живого или трупного донора? Так, в пункте 9 постановления Правительства РА №1260 установлен круг лиц, имеющих правомочие на изъятие в целях трансплантации органов и (или) тканей у живого донора, который, по нашему мнению, нуждается в уточнении. В частности, необходимо перечислить, кто включается в группу медицинского персонала, изымающего в целях трансплантации органы и (или) ткани у живого донора? В связи с этим считаем необходимым подчеркнуть, что в отличие от живого донора члены группы медицинского персонала, изымающего в целях трансплантации органы и (или) ткани у трупного донора перечислены. Кроме этого, думаем, что из группы медицинского персонала, изымающего в целях трансплантации органы и (или) ткани как живого, так и трупного донора, необходимо выделить лицо, непосредственно осуществляющее функцию по изъятию органа, которое имеет высшее медицинское образование, так как другие члены группы медицинского персонала всего лишь содействуют осуществлению операции по трансплантации.

Изложенный анализ позволяет сделать вывод, что в условиях действующей диспозиции статьи 125 Уголовного кодекса РА в качестве субъекта этого преступления надо рассматривать лицо, имеющее высшее медицинское образование, которое на основании договора работает в медицинском учреждении, лицензированном для осуществления соответствующего вида медицинской помощи или медицинского обслуживания. Следовательно, в случае, когда орган и (ткани) изымаются или трансплантируются по смыслу статьи 125 Уголовного кодекса РА лицом, не являющимся специальным субъектом, и если по его вине по неосторожности причинен вред здоровью донора или реципиента, то деяние подлежит квалификации по статье 280 Уголовного кодекса РА как занятие частной медицинской деятельностью без государственной регистрации, государственного учета или специального разрешения (лицензии).

В связи с субъектом состава преступления, предусмотренного статьей 125 Уголовного кодекса РА, считаем необходимым подчеркнуть, что врач, осуществляющий операцию по трансплантации, не является должностным лицом²³. Думаем, что такой подход применим также в тех случаях, когда врач, осуществляющий операцию по трансплантации, занимает определенную должность в медицинском учреждении. Наша точка зрения основана на том обстоятельстве, что осуществление операции по трансплантации является исполнением профессиональных, а не организационно-распорядительных или административно-экономических обязанностей.

V. Заключение

На основании анализа, проведенного в рамках настоящей статьи, предлагаем:

1. предусмотреть в Уголовном кодексе РА состав преступления, которым будет установлена ответственность за совершение незаконных деяний в отношении трупа, в том числе за изъятие органов и (или) тканей с нарушением установленного законом порядка и за их куплю-продажу;
2. предусмотреть в Уголовном кодексе РА отдельный состав преступления, которым будет установлена ответственность за незаконную куплю-продажу органов, тканей, а также эмбрионов;
3. пункт 14 части 2 статьи 104 действующего уголовного кодекса РА изложить в следующей редакции:
“Статья 104. Убийство
2. Убийство:

²² См. Энциклопедический словарь медицинских терминов. М., 1983, с тр. 256.

²³ См. Дагель П. Об уголовной ответственности врачей // Советская юстиция. – 1964. – №10, стр. 14.

- 14) в целях изъятия органов и (или) тканей пострадавшего.”;
4. пункт 13 части 2 статьи 112 Уголовного кодекса РА изложить в следующей редакции:
 “Статья 112. Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью
 2. То же деяние, совершенное:
 13) в целях изъятия органов и (или) тканей потерпевшего”;
5. часть 2 статьи 113 Уголовного кодекса РА дополнить пунктом 8 следующего содержания:
 “Статья 113. Умышленное причинение вреда средней тяжести здоровью
 2. То же деяние, совершенное:
 8) в целях изъятия органов и (или) тканей потерпевшего”;
6. статью 117 Уголовного кодекса РА дополнить пунктом 2 следующего содержания:
 “Статья 117. Умышленное причинение легкого вреда здоровью”
 2. Умышленное причинение в целях изъятия тканей потерпевшего телесного повреждения или иного вреда здоровью, которое привело к кратковременному расстройству здоровья или незначительной стойкой утрате трудоспособности”;
7. Статью 125 Уголовного кодекса РА изложить следующим образом:
 “Статья 125. Нарушение правил проведения операции по трансплантации
 1. Нарушение условий и порядка изъятия органов или тканей человека, либо условий и порядка трансплантации органов или тканей человека, предусмотренных законом, причинившее по неосторожности тяжкий или средней тяжести вред здоровью лицу, отдающему органы и (или) ткани (донору), или лицу, получающему органы и (или) ткани (реципиенту).
 2. То же деяние, которое:
 1) по неосторожности привело к смерти лица, отдающего органы и (или) ткани, или лица, получающего органы и (или) ткани;
 2) совершено из корыстных побуждений;
 3) совершено в отношении лица, находящегося в беспомощном состоянии”.
8. Предусмотреть в Уголовном кодексе РА статью 125¹ следующего содержания:
 “Статья 125¹. Содействие нарушению правил операции по трансплантации
 1. Содействие нарушению условий или порядка изъятия органов и (или) тканей человека либо трансплантации органов и (или) тканей человеку, что по неосторожности причинило тяжкий или средней тяжести вред здоровью лица, отда-

ющего органы и (или) ткани, или лица, получающего органы и (или) ткани.

2. То же деяние, которое:

- 1) привело к смерти лица, отдающего органы и (или) ткани, или лица, получающего органы и (или) ткани;
- 2) совершено из корыстных побуждений;
- 3) совершено в отношении лица, находящегося в беспомощном состоянии.

Субъектом предлагаемой статьи 125¹ Уголовного кодекса РА следует считать:

- а) лиц, имеющих высшее или среднее специальное медицинское образование, которые осуществляют свою профессиональную деятельность в качестве лицензированных в установленном законодательством РА порядке физических лиц или индивидуальных предпринимателей, оказывающих населению определенные виды медицинской помощи и (или) медицинского обслуживания, либо работают на договорной основе в составе юридического лица или организаций (медицинских учреждений), не имеющих статуса юридического лица, лицензированных в установленном законодательством РА порядке, оказывающих населению определенные виды медицинской помощи и (или) медицинского обслуживания,
- б) каждое подсудное лицо, достигшее шестнадцати лет.”

Кроме этого, думаем, что необходимо:

9. Произвести объединение терминологии соответствующих статей Уголовного кодекса РА и законодательных и подзаконных актов, регулирующих сферу трансплантации человеку органов и (или) тканей.
10. Разграничить в Законе РА ”О медицинской помощи и обслуживании населения” понятия “медицинская помощь” и “медицинское обслуживание” и часть 1 статьи 1 приведенного Закона изложить в следующей редакции:

“Медицинская помощь – это совокупность лечебно-профилактических мероприятий, осуществляемых лицами, имеющими высшее или среднее специальное медицинское образование.

Медицинское обслуживание – это оказание больному возмездной, а в отдельных случаях также безвозмездной медицинской помощи, а также проведение медицинской экспертизы, оказание околomedicalных услуг и иных услуг немедицинского характера”.

“Часть 2 статьи 1 Закона РА “О медицинской помощи и обслуживании населения” изложить в следующей редакции: “Медицинскую помощь и обслуживание осуществляют лица, имеющие высшее или сред-

нее специальное медицинское образование, которые осуществляют свою профессиональную деятельность в качестве лицензированных в установленном законодательством РА порядке физических лиц или индивидуальных предпринимателей, оказывающих населению определенные виды медицинской помощи и (или) медицинского обслуживания, либо работают на договорной основе в составе юридического лица или организаций (медицинских учреждений), не имеющих статуса юридического лица, лицензированных в установленном законодательством РА порядке, оказывающих населению определенные виды медицинской помощи и (или) медицинского обслуживания, независимо от организационно-правовой формы и вида собственности последних”.

Некоторые проблемы, относящиеся к институту срока давности, предусмотренному армянским и иностранными уголовными законодательствами

I. Предисловие

В рамках настоящей статьи рассматриваются некоторые проблематичные вопросы, связанные с предусмотренным уголовным законодательством Республики Армения сроком привлечения к уголовной ответственности. В рамках статьи проведен ряд правовых сравнений, анализов уголовного законодательства Республики Армения, сопоставляя его с уголовными законодательствами Российской Федерации, Польши, Германии и других стран. Является признанным фактом, что в зависимости от характера деяния и степени опасности для общества предусмотрены разные сроки привлечения к уголовной ответственности, при истечении которых совершенное деяние по существу утрачивает свою опасность и в результате лицо при применении института срока давности освобождается от уголовной ответственности. По нашему мнению необнаружение лица в соответствующие сроки и непривлечение его к ответственности в установленном законом порядке является упущением надлежащих органов. Является очевидным, что государство несет позитивную обязанность в части выявления, раскрытия и привлечения к ответственности. Следовательно, в случаях, когда лицу, совершившему запрещенное законодательством деяние, предоставляется возможность освобождения от ответственности по основанию истечения срока давности, это одновременно предполагает, что надлежащие органы не смогли выполнить возложенную на них обязанность, нарушив тем самым законные интересы потерпевшего.

Подчеркивая важность либерализации уголовного закона, считаем, что в части института срока давности необходимо осуществлять строгую уголовную политику, в частности, закрепить законодательно, что в отношении лиц, совершивших преступление, наказываемое пожизненным лишением свободы,

сроки давности применяться не будут. Характерно, что схожий подход проявляет ряд европейских стран.

II. Особенности института освобождения от уголовной ответственности вследствие истечения срока давности и насающийся его международный опыт

Институт освобождения от уголовной ответственности вследствие истечения срока давности занимает ключевое место в уголовном праве. Согласно ряда русских правоведов (Парог, Наумов, Комиссаров и другие) институт срока давности предполагает истечение конкретных сроков привлечения лица к установленной законом ответственности, следующей за совершением преступления, после которых привлечение к ответственности лица, совершившего преступление, становится неэффективным². Британский правовед Кортни Станхоп Кенни считает, что применение срока давности является проявлением доброй воли со стороны государства. Он считает, что принятый в Великобритании с XIII века принцип *nullum tempus occurrit regi*, который по существу означает, что государство не обременено каким-либо сроком, является наиболее эффективным³. Примечательным является то, что этот принцип в Великобритании остался почти без изменений, то есть, за исключением некоторых мелких преступлений и преступлений средней тяжести, срок давности не распространяется на все другие преступления⁴. Авторитетными армянскими правоведами представлен подход, согласно которому правовым основанием давности привлечения к уголовной ответственности является то, что по истечению установленных законом сроков, прошедших после совершения конкретного преступления, лицо и само преступление утрачивают свою опасность, что и служит основанием для освобождения лица от уголовной ответственности⁵.

Согласно соответствующим положениям Уголовного кодекса РА, в том числе и Уголовно-процессуального кодекса РА истечение срока давности является основанием для освобождения лица от уголовной ответственности. Так, статьей 75 Уголовного кодекса установлено общее правило, согласно которому освобождение от уголовной ответственности вследствие истечения срока давности применяется независимо от расследования, предварительного расследования или усмотрения суда (если до исте-

¹ Советник Председателя Конституционного Суда РА, преподаватель кафедры уголовного права и уголовно-процессуального права Российско-Армянского (славянского) университета, кандидат юридических наук.

² Уголовное право России. Общая часть/ Под ред. А.И. Парога-З-е изд., с изм. и доп. – М.: Эксмо, 2009. – 387 С.

³ Kenney's Outlines of Criminal Law (Turner ed. 1952), p. 635.

⁴ Idem pp. 636-638.

⁵ Уголовное право Республики Армения. Общая часть (шестое издание – с изменениями и дополнениями). С, Аракелян, А, Габузян, Г, Хачикян и другие – Ер. Издательство ЕГУ, 2012 – стр. 474.

чения срока лицо не совершает новое преступление средней тяжести, тяжкое или особо тяжкое преступление). Из указанного правила имеются исключения двух видов – одно императивного, другое диспозитивного характера. Исключение императивного характера установлено в части 6 статьи 75 Кодекса, согласно которому: «К лицам, совершившим преступления против мира и безопасности человечества, предусмотренные статьями 384, 386-391, 393-397 настоящего Кодекса сроки давности не применяются. Сроки давности не применяются и в отношении лиц, совершивших преступления, предусмотренные международными договорами Республики Армения, если этими договорами установлен запрет на применение сроков давности». Указанное регулирование исключает применение срока давности в случае вышеуказанных преступлений. Одновременно часть 5 той же статьи в виде диспозитивной нормы устанавливает исключение из общего правила применения срока давности. Согласно данной норме: «Вопрос о применении срока давности к лицу, совершившему преступление, наказуемое пожизненным лишением свободы, решается судом. Если суд сочтет невозможным освободить лицо от уголовной ответственности вследствие истечения срока давности, то пожизненное лишение свободы не применяется».

III. Проблемы, возникающие в результате применения срока давности

Итак, частью 5 статьи 75 Кодекса устанавливается регулирование, которое ставит применение института срока давности в непосредственную зависимость от суда, предусматривая широкое усмотрение суда, которое в основном обусловлено неполноценной определенностью указанного регулирования и отсутствием критериев, конкретно характеризующих институт срока давности.

Законодатель, установив, что суд разрешает вопрос применения срока давности в отношении лица, которое совершило преступление, наказуемое пожизненным лишением свободы, не установил в рамках регулирования статьи 75 Уголовного кодекса РА четкие и прогнозируемые критерии, которыми должен руководствоваться суд, или те обстоятельства, которые должен учитывать суд при вынесении решения. Одновременно следует учитывать, что часть 3 статьи 102 Уголовно-процессуального кодекса РА устанавливает, что решения, принятые в отношении ходатайств сторон и требований лиц, участвующих в судопроизводстве, должны быть мотивированными. Это четкое требование процесса уголовного судопроизводства и не наделяет суд каким-либо усмотрением. Считаю необходимым отметить также, что суд при решении вопроса применения части 5 статьи 75 Ко-

декса должен руководствоваться также статьями 60-63 Кодекса (Пожизненное лишение свободы, Общие принципы назначения наказания, Ответственность и обстоятельства, смягчающие наказание). Вышеперечисленные законодательные гарантии направлены на обеспечение того, чтобы суды во всех случаях, в том числе и при рассмотрении вопроса, касающегося срока давности, выносили мотивированное решение. Тем не менее, несмотря на указанные законодательные гарантии, считаем, что для обеспечения ясности и предсказуемости части 5 статьи 75 Кодекса, следует предусмотреть конкретные критерии, касающиеся института срока давности, как это осуществил законодатель в случае других уголовно-правовых институтов – необходимой обороны, крайней необходимости, действительного раскаяния и прочее.

Русский правовед В. С. Савельева отмечала, что общее предотвращение преступлений эффективно в тех случаях, когда безоговорочно действует **принцип неизбежности**⁶ привлечения к ответственности лица, совершившего преступление. В предисловии к принятой Комитетом Министров Совета Европы в 1985 году рекомендации № R(85) 11 «Роль потерпевшего лица в рамках уголовного права и судопроизводства» было подчеркнуто, что основной функцией уголовного правосудия должно являться удовлетворение требований и защита интересов потерпевшего лица⁷. Думаем, что институт срока давности в определенном аспекте вступает в противоречие с вышеупомянутым принципом и приводит к неполноценной защите интересов потерпевшего лица. Однако, как это принято в теории уголовного права, правовой основой применения срока давности считается то, что по истечению установленных законом сроков, прошедших после совершения конкретного преступления, лицо и само преступление утрачивают свою опасность, что и является основанием для освобождения лица от уголовной ответственности⁸. Кассационный суд РА выразил следующую позицию по делу Анаит Сагателян: «...уголовным законодательством в зависимости от характера деяния и степени его опасности для общества предусмотрены различные сроки привлечения к уголовной ответственности, при истечении которых совершенное деяние утрачивает свою опасность, и лицо освобождается от уголовной ответственности⁹». Для нас также приемлем соответству-

⁶ Савельева В.С. Освобождение от уголовной ответственности // Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. М., 1996. С. 435 – 436.

⁷ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 40/34 от 1985 года, озаглавленная «Провозглашение основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью».

⁸ Уголовное право России. Общая часть/ Под ред. А.И. Рагоза-3-е изд., с изм. и доп. – М.: Эксмо, 2009. – 388 С.

⁹ См. Пункт 24 постановления Кассационного суда РА по делу Анаит Гайковны Сагателян от 20 октября 2011 года №№ ԳՂ5/0022/01/10.

ющий подход, однако, надо учитывать, что необнаружение лица и непривлечение его к ответственности в установленном законом порядке в соответствующий срок является упущением государственных органов. Очевидным является то, что государство несет позитивную обязанность в части выявления, раскрытия и предотвращения преступлений (привлечения к ответственности). Следовательно, в случаях, когда лицу, совершившему запрещенное законодательством деяние, предоставляется возможность освобождения от ответственности по основанию истечения срока давности, это одновременно предполагает, что государственные органы не смогли выполнить возложенную на них обязанность, тем самым нарушив законные интересы пострадавшего лица. Конституционный Суд Российской Федерации в своем постановлении 28-П от 11 ноября 2014 года рассмотрел этот вопрос с точки зрения срока давности и счел, что лица, право которых на публичное расследование в разумный срок не было обеспечено, независимо от того, был ли им присвоен статус потерпевшего или нет, должны иметь возможность обращения в суд с требованием о возмещении ущерба¹⁰.

IV. Проблемы срока давности в случае преступлений, наказуемых пожизненным лишением свободы, и необходимость внесения соответствующих изменений в Уголовный кодекс РА

Следует отметить, что изучение как Уголовного кодекса РА, так и международного опыта показывает, что относительно применения срока давности имеются определенные исключения.

В международном праве принято, что при некоторых особо тяжких преступлениях применение срока давности недопустимо. Относительно отмеченного имеется соответствующее регулирование в Конвенции ООН «О неприменении срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества», которая вступила в силу 11 ноября 1970 года. Республика Армения является государством-членом указанной Конвенции с 23 июня 1993 года, безоговорочно принимая полное соблюдение и выполнение всех ее положений. Согласно статье 1 указанной Конвенции какой-либо срок давности, независимо от времени совершения, не применяется к военным преступлениям и преступлениям против человечества. А статья 4 Конвенции обязывает государств-участников принимать в соответствии со своими конституционными процедурами любые законодательные или иные меры для обеспечения неприменения срока

давности или иных сроков к преступлениям, указанным в Конвенции.

Республика Армения в лице Национального Собрания РА в части 6 статьи 75 Уголовного кодекса РА, принятого 18 апреля 2003 года, закрепила следующее: «К лицам, совершившим преступления против мира и безопасности человечества, предусмотренные статьями 384, 386-391, 393-397 настоящего Кодекса, сроки давности не применяются. Сроки давности не применяются и в отношении лиц, совершивших преступления, предусмотренные международными договорами Республики Армения, если этими договорами установлен запрет на применение сроков давности». Таким образом, РА выполнила обязательство, предусмотренное статьями 1 и 4 Конвенции. Схожее регулирование предусмотрено также конвенциями «О пресечении преступления апартеида и наказании за него», «О неприменности срока давности к преступлениям против человечества и военным преступлениям».

Обращаясь к изучению соответствующего уголовного законодательства разных стран, считаем нужным отметить, что установленное статьей 77 модельного Уголовного кодекса СНГ регулирование, касающееся срока давности, почти одинаковым образом закреплено в уголовных кодексах РА, РФ, а также Украины, Таджикистана, Киргизии и Беларуси.

Одновременно Германия, Австрия, Швейцария, Польша, Венгрия также предусматривают в целом схожее регулирование, однако с одним основным различием – уголовным законодательством указанных стран кроме обязательств, предусмотренных Конвенцией ООН «О неприменении срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества», установлены также конкретные преступления, в случае которых срок давности также не применяется.

Так, часть 2 статьи 105 уголовного законодательства Польши предусматривает, что регулирование, касающееся срока давности, не распространяется на совершенное умышленно убийство, причинение тяжких телесных повреждений, в случае пыток¹¹.

Статья 101 уголовного законодательства Швейцарии предусматривает, что срок давности не применяется к половым действиям с детьми, изнасилованию, половым действиям с лицом, находящимся в беспомощном состоянии, насильственным действиям сексуального характера, эксплуатации детей и схожим преступлениям¹².

Часть 2 статьи 78 уголовного законодательства Федеративной Республики Германия устанавливает, что на лиц, совершивших убийство при отягощающих

¹⁰ См. вердикт Конституционного Суда РФ <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision178404.pdf>

¹¹ Уголовный кодекс Республики Польша. – Минск: Тесей, 1998
¹² Уголовный кодекс Швейцарии. – СПб.: Юридический центр Пресс. – 2002

обстоятельствах, регулирование, относящееся к сроку давности, вообще не распространяется¹³.

Подпунктами с), d), e) части 2 статьи 33 Уголовного кодекса Венгерской Республики устанавливается, что на случаи убийства при отягощающих обстоятельствах, похищения и применения насилия в отношении представителя власти, а также на террористические действия относящиеся к сроку давности регулирование не распространяется.

Примечателен тот факт, что указанные составы преступления, на случаи которых не распространяется регулирование, относящееся к сроку давности, в основном считаются относящимися к деяниям, наказуемым пожизненным лишением свободы¹⁴.

V. Заключение

Изучение Уголовного Кодекса РА показывает, что 8 статей предусматривают в качестве меры наказания возможность назначения пожизненного лишения свободы: это часть 2 статьи 104 (убийство при отягощающих обстоятельствах), статья 305 (убийство государственного, политического или общественного деятеля), часть 2 статьи 387 (применение запрещенных средств и методов ведения войны), часть 2 статьи 388 (террористический акт против иностранного государства или международной организации), статья 389 (международный терроризм), часть 1 и 3 статьи 390 (серьезные нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженных столкновений), статья 392 (преступления, направленные против безопасности человечества), и статья 393 (геноцид). В случае значительной части указанных статей действует исключение императивного характера, исключающее применение срока давности, так как эти составы преступления являются преступлениями, направленными против мира и безопасности человечества. Одновременно вне сферы регулирования указанного императивного правила остаются три преступления, в случае которых суд будет решать вопрос применения или неприменения срока давности – это убийство при отягощающих обстоятельствах (часть 2 статьи 104), убийство государственного, политического или общественного деятеля (статья 305), преступления, направленные против безопасности человечества (статья 392). То есть, предусмотренное частью 5 статьи 75 Кодекса регулирование, которым судам предоставлена усмотрительность при решении вопроса применения срока давности к лицам, совершившим преступление, наказуемое пожизненным лишением свободы, относится к вышеупомянутым трем престу-

плениям. Значительная опасность для общества указанных трех преступлений не вызывает сомнений, так как законодатель причисляет их к группе особо тяжких преступлений. Не ясно, какая цель преследовалась в Кодексе, когда исключалась возможность применения срока давности в случае международного терроризма, а в случае преступлений, направленных против безопасности человечества, оставлялся вопрос применения срока давности на усмотрение суда. Возникает вопрос: может ли суд находить обоснование того, что убийство, сопровождающееся терроризмом, утрачивает свою опасность, что и должно служить основанием для освобождения совершившего его лица от уголовной ответственности? Считаем, что не было случайностью то, что законодатель РА отделил от общего правила применения срока давности случаи, когда лицо совершило преступление, наказуемое пожизненным лишением свободы. Однако, целесообразно ли в таких случаях из интересов потерпевших и вообще из целей назначения наказания предусмотреть возможность освобождения в таких случаях лица от уголовной ответственности по основанию истечения срока давности? Опыт ряда представленных европейских стран, в том числе Германии, Швейцарии, Польши, позволяет сделать вывод, что в случае подобных преступлений исключение применения срока давности является приемлемым подходом. Исходя из вышеизложенного и понимая важность политики общей депенализации, определяемой концепцией нового Уголовного кодекса РА, тем не менее, считаем, что необходимо осуществить строгую уголовную политику относительно института сроков давности, в частности, законодательно закрепить, неприменение сроков давности в отношении лиц, совершивших преступления, предусматривающие пожизненное заключение.

¹³ Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии – СПб.: Изд-во Юридический центр Пресс, 2003

¹⁴ Додонов В. Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть / под общ. и науч. ред. д.ю.н., С. П. Щербы. — М.: «Юрлитинформ», 2009. — С. 395.

Тенденции и структура преступности молодежи в Республике Армения

I. Введение

Говоря о состоянии преступности молодежи в РА, нужно отметить, что в последние годы она приобрела новое качество и выражение, что непосредственно связано с социально-экономическими, политическими и культурными изменениями. В переходный период почти всегда преступность проявляет новые тенденции, что характерно для всех государств нашего региона. В период стремительных социальных перемен и нестабильности, сопровождающих процесс перехода, который в полной мере относится и к РА, молодежь сталкивается с возросшей опасностью конфликта с законом: все общество адаптируется к новым реалиям, а существовавшие ранее социальные нормы и табу во многом пересматриваются.

II. Динамика преступности молодежи в РА.

Прежде чем перейти непосредственно к анализу данных о состоянии и динамике преступности молодежи в РА, необходимо сделать несколько предварительных замечаний методического характера.

Большинство исследователей, рисующих картину преступности, в своем анализе опираются, в основном, на данные о количестве преступлений. Именно сведения о зарегистрированных уголовно наказуемых деяниях рассматриваются многими авторами как основной и самодостаточный источник представлений о масштабах и тенденциях преступности².

Но, по нашему мнению, цель анализа должна состоять не в том, чтобы выявить какую-то конкретную цифру, а в том, чтобы определить более или менее устойчивую тенденцию динамики преступности, общие темпы, направление развития и масштабы изме-

нений тех или иных показателей и т.д. Нет сомнения, что данные о выявленных лицах, совершивших преступления, в достаточной мере будут служить материалом для получения выводов об общих закономерностях развития преступности молодежи. В частности, каждое статистическое исследование должно в доступных пределах служить основой для достижения следующих целей:

1. получить картину состояния, уровня, структуры и тенденций преступности, отраженную в уголовной статистике, т.е. увидеть явный ход преступности молодежи;
2. увидеть и понять ее скрытый ход, т.е. то, что пока еще только появилось, зреет и не является пока очевидным;
3. понять и оценить реальную степень, характер и масштабы общественной опасности молодежной преступности;
4. определить «болевыe точки», т.е. наиболее острые проблемные ситуации, рождаемые молодежной преступностью, «точки» ее роста или же, напротив — те ее виды и категории, на которые удастся эффективно воздействовать с помощью соответствующих мер и средств³.

Для решения этих задач и для выявления особенностей молодежной преступности в Армении (что представляет главный смысл настоящего исследования) статистический анализ должен быть по преимуществу сопоставительным.

Общую характеристику молодежной преступности целесообразно рассмотреть на фоне информации о состоянии и динамике преступности в целом. Понятно, что первая есть значительная составная часть второй, что молодежная преступность существенным образом влияет на положение дел с преступностью в целом.

Состояние преступности в РА наглядно представлено в следующих таблицах и графиках.

Из приведенных данных видно, что с 1995 по 2003 гг. уровень преступности в республике относительно стабилен (конечно, здесь тоже есть пики (1996, 1998, 2002) и спады (1999)), после чего до 2008 г. наблюдается тенденция снижения. Однако нужно отметить, что эти данные не внушают доверия и, по на-

Таблица 1.

Динамика преступности в Армении с 1995 по 2011 гг.

год	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
показатель	10140	12479	10761	12355	10056	12048	11483	12074	11073	10083	8875	9757	8428	9271	14339	15477	16572
Динамика, %	100	123	106	122	99	119	113	119	109	99	88	96	83	91	141	153	163

¹ Доцент кафедры уголовного права ЕГУ.

² Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. М. 2006. С. 82.

³ Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. М. 2006. С. 83.

Граф. 1



шему мнению, свидетельствуют о росте латентности преступности в РА в указанный период. Постоянно обостряющаяся социальная, политическая ситуация, развал экономики, стабильное снижение жизненно-го уровня по логике должны были привести к росту

преступности, а не к ее стабилизации и даже снижению. Об этом свидетельствует также пик преступности в 2009 году и ее дальнейший стабильный рост, что, несомненно, является отголоском этих негативных факторов.

Таблица 2.

Динамика преступности молодежи⁴ в РА с 1993 по 2012 гг.

Год	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
показатель	3192	3192	3040	3185	3651	3014	2836	2882	2888	2674	2628	2668	2293	2594	1929	2026	3395	3826	3680	3920
динамика, %	100	98.8	95.2	99.8	114.4	94.4	88.8	90.3	90.5	83.7	82.3	83.5	71.8	81.2	60.4	63.5	106.4	120	115	123

Граф. 2.

В следующем графике отображена динамика молодежной преступности в РА



Таблица 3.

Расчет темпа преступлений, совершенных молодежью, базисным и цепным методами

год	число сов. прест. в абсолютных числах	абсолют. рост (снижение)	расчет темпа преступности молодежи базисным методом		расчет темпа преступности молодежи цепным методом	
			%	Коэффиц.	%	Коэффиц.
1993	3192	-	%	Коэффиц.	%	Коэффиц.
1994	3155	-37	98.8	0.988	98.8	0.988
1995	3040	-152	95.2	0.952	96.3	0.963
1996	3185	-7	99.8	0.998	104.7	1.047
1997	3651	459	114.4	1.144	114.6	1.146

⁴ Изучается возрастная группа от 18 до 29 лет.

1998	3014	-178	94.4	0.944	82.5	0.825
1999	2836	-356	88.8	0.888	94	0.940
2000	2882	-310	90.3	0.903	101.6	1.016
2001	2888	-304	90.5	0.905	100.2	1.002
2002	2674	-518	83.7	0.837	92.5	0.925
2003	2628	-564	82.3	0.823	98.2	0.982
2004	2668	-524	83.5	0.835	101.5	1.015
2005	2293	-889	71.8	0.718	85.9	0.859
2006	2594	-598	81.2	0.812	113.1	1.131
2007	1929	-1263	60.4	0.604	74.4	0.744
2008	2026	-1166	63.5	0.635	105	1.05
2009	3395	+203	106.4	1.064	167.6	1.676
2010	3826	+431	119.8	1.198	112.7	1.127
2011	3680	-146	115.3	1.153	96.2	0.962
2012	3920	+240	122.8	1.228	106.5	1.065

Таблица 4.

Изменение уровня динамического ряда преступлений, совершенных молодежью, методом укрупнения интервалов.

год	зарегистрированные преступления			
	за один год	за два года	за три года	средний годовой показатель с интервалом в три года
1993	3192			
1994	3155	6347		
1995	3040		9387	3129
1996	3185	6225		
1997	3651			
1998	3014	6665	9850	3283
1999	2836			
2000	2882	5718		
2001	2888		8606	2869
2002	2674	5562		
2003	2628			
2004	2668	5296	7970	2657
2005	2293			
2006	2594	4887		
2007	1929		6816	2272
2008	2026	3955		
2009	3395			
2010	3826	7221	9247	3082
2011	3680			
2012	3920	7600		

Приведенные таблицы и график дают очень странную картину молодежной преступности в РА. Наблюдается постепенный рост (до 1997 г.), а затем плавное снижение уровня молодежной преступности (до 2008 г.). На этом фоне резко выделяется 2009 год, когда был зарегистрирован всплеск молодежной преступности в РА, который превосходит все зарегистрированные показатели, кроме показателя 2002 года. Это может быть связано с некоторыми объективными причинами, такими как фрустрационные явления, рост недовольства молодежи нынешней ситуацией и т.д. По всей видимости, к такому росту привели некоторые политические и социально-экономические факторы. А что касается снижения уровня молодежной преступности в последние годы (не считая, конечно, 2009 г.), то объективными факторами объяснить это довольно сложно. По всей видимости, снижение обусловлено ростом латентности молодежной преступности в РА, что само по себе является негативным явлением. После 2009 года наблюдается рост молодежной преступности, что, по нашему мнению, закономерно.

Применение вышеуказанных методов позволяет нам выявить соотношение молодежной преступности и преступности в целом в РА.

Можно констатировать, что молодежная преступность в РА составляет в среднем от 20 до 30% всей преступности. В разные годы соотношение варьи-

руется. В 1995 г. молодежная преступность составляла 29.9% удельного веса общей преступности, в 1996 г.- 25.5%, 1997 г.- 33.9%, 1998 г.- 24.4%, 1999 г.- 28.2%, 2000 г. – 23.9%, 2001 г.- 25.1%, 2002 г.- 22.1%, 2003 г.- 23.7, 2004 г.- 26.4%, 2005 г. – 25.8%, 2006 г. – 26.6%, 2007 г.- 22.8%, 2008 г.- 21.8%, 2009 г.- 23.6%, 2010 г.- 24.7%, 2011 г.-22.2%. Такое соотношение наглядно показывает, что даже в официальной статистике молодежная преступность занимает значительную долю в общей структуре преступности в РА. А если к сказанному добавить тот факт, что много молодых людей эмигрировало (только по данным гражданской авиации РА с 1991 года республику покинуло примерно 644 тыс. человек, а по некоторым экспертным оценкам число покинувших республику составило около млн. человек⁵), а также то обстоятельство, что молодежная преступность традиционно является высоколатентной, то картина становится по-настоящему удручающей. Из таблицы и графика видно также, что молодежная преступность более стабильна по отношению к общей преступности. Этот факт интересен, и, по моему мнению, связан с некоторыми возрастными, психологическими и социальными аспектами молодежной преступности. Характерной особенностью армянской молодежи является то, что она дольше, чем молодежь в других странах, находится на попечении родителей, а такая финансовая опора не дает ей в полной мере

Таблица 5

Год	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Показатель общ. прест.	10140	12479	10761	12355	10056	12048	11483	12074	11073	10083	8875	9757	8428	9271	14339	15477	16572
Показатель молод. прест.	3040	3185	3651	3014	2836	2882	2888	2674	2628	2668	2293	2594	1929	2026	3395	3826	3680

Граф. 3



⁵ См.: Ходжабекян В. Е. Репродукция и миграция населения Армении в 19-20 в.в. Ереван, 2001, С. 307-309.

ощутить криминогенные влияния безработицы, нищеты, социальной несправедливости, а эти факторы довольно ощутимо влияют на преступность, вызывая в разные годы значительные колебания общей преступности и относительную стабильность молодежной.

Можно утверждать, что молодежь является одной из самых криминально-активных групп общества, и на этом фоне изучение молодежной преступности представляется весьма актуальной задачей.

III. Структура молодежной преступности в РА

Для изучения тенденции молодежной преступности вышеуказанные данные недостаточны. Очень важно выявить ее мотивационную направленность, совокупность тех преступлений, которые наиболее часто совершаются молодыми людьми. Поэтому следующим этапом статистического анализа будет попытка заглянуть внутрь молодежной преступности, охарактеризовать ее структурное содержание.

На базе такого анализа возникает возможность сосредоточиться на тех характеристиках молодежной преступности, тех ее чертах и особенностях, которые дают представление о современной «физиономии» этой преступности. Иначе говоря, здесь речь пойдет о явлениях в криминальной сфере, которые возникли или приобрели особую значимость именно в последнее время; о том, что обращает на себя внимание как нечто новое, подлежащее пристальному общему и прогностическому анализу и заслуживающее своевременного принятия необходимых предварительных мер. Если не увидеть и не осознать такие новеллы, то рождающееся сегодня способно (как это многократно было в нашей истории) завтра превратиться в негативное явление, укоренившееся настолько, что борьба с ним будет уже существенно затруднена. Вместе с тем в очередной раз окажется неиспользованной возможность повышения эффективности профилактики молодежной преступности, на управленческом уровне обеспечить своевременное реагирование на конкретные изменения в криминологической ситуации⁶.

Таблица 6.

Преступления	Годы								
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Убийства	25	34	32	21	18	28	22	24	20
Убийства при отягчающих обст.	37	44	15	22	26	31	26	26	22
Умышл. причин. тяжкого вреда здоровью	21	23	28	39	63	70	61	79	81
Умышл. причин. легкого вреда здор.	64	106	143	200	203	191	205	243	199
Изнасилование	10	17	7	5	15	8	11	8	10
Принуждение женщины к браку	73	42	35	48	44	41	56	49	49
Хулиганство	95	141	145	176	237	234	269	245	247
Незаконное приобр., хранение, перевозка наркотиков	149	170	191	130	146	117	123	129	86
Незаконное приоб, хранение, перевозка оружия, взрывч..	167	134	111	92	62	50	35	45	28
Уклонение от действ. воинской службы	94	300	502	794	988	607	483	492	545
Кража	1224	935	696	648	714	295	505	503	478
Грабеж	124	62	53	34	33	25	48	25	33
Разбойное нападение	117	92	62	44	53	22	43	24	34

⁶ Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. М. 2006. С. 99.

Структура молодежной преступности в РА отображена в нижеприведенной таблице.

Таблица 7.
Изменения структуры преступности молодежи в названные годы.

Год	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Насильств. %	11,00	16,57	17,97	20,33	21,02	32,23	30,90	32,61	31,06
Анарх. %	11,86	20,67	30,35	39,33	40,35	38,22	27,45	28,38	31,28
Корыст. %	66,59	51,86	40,15	32,22	30,75	19,90	31,58	29,18	29,75

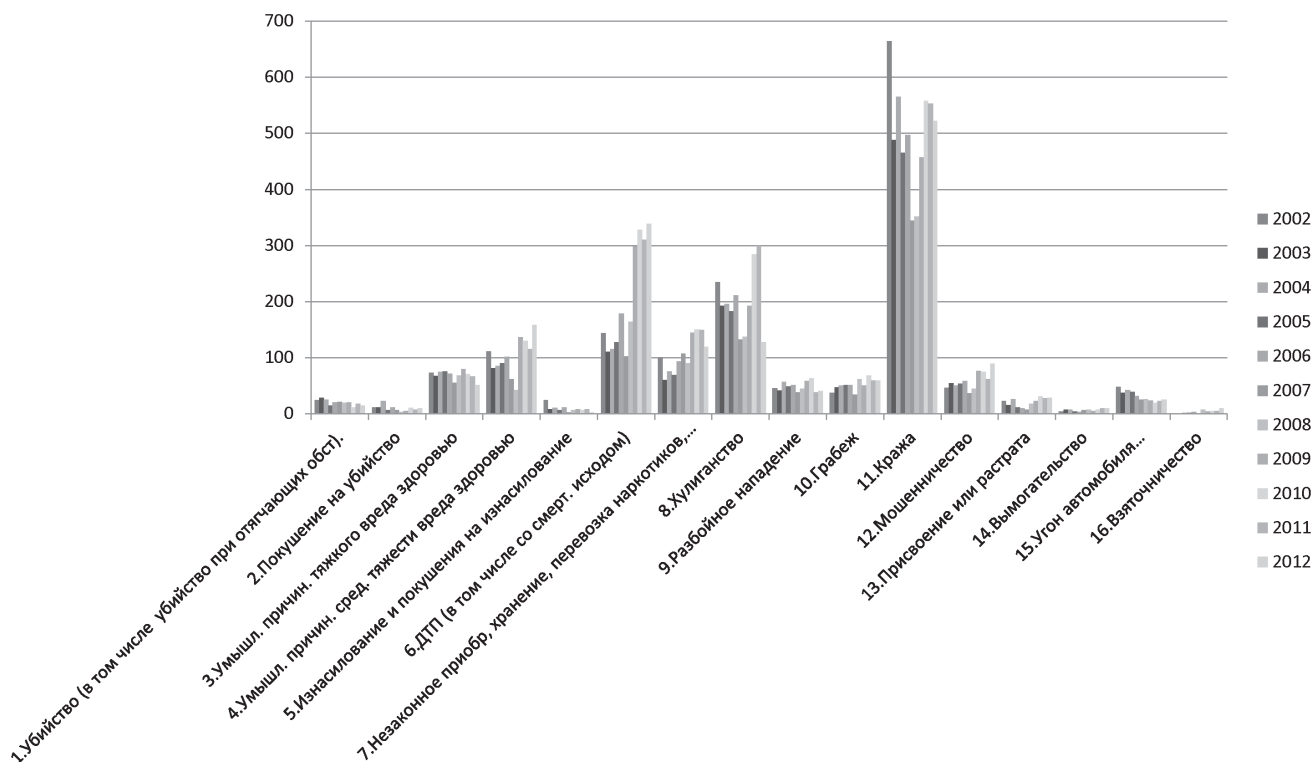
После принятия нового УК в 2003 году Информационный Центр полиции РА изменил форму статистической информации, что отображено в следующей таблице.

Таблица 8.
Структура молодежной преступности в РА с 2002 по 2012 гг.

Преступления	Годы										
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
1. Убийство (в том числе убийство при отягчающих обст).	24	28	25	14	20	21	19	20	11	17	14
2. Покушение на убийство	11	11	22	6	11	6	3	5	10	7	9
3. Умышл. причин. тяжкого вреда здоровью	73	67	74	75	71	55	68	79	70	66	51
4. Умышл. причин. сред. тяжести вреда здоровью	111	81	85	90	101	62	42	136	130	115	158
5. Изнасилование и покушения на изнасилование	24	8	10	6	11	2	6	8	6	8	2
6. ДТП (в том числе со смерт. исходом)	143	110	115	127	178	102	164	298	328	310	338
7. Незаконное приобр, хранение, перевозка наркотиков, хищение нарк. средств	100	60	75	69	93	107	90	144	150	149	119
8. Хулиганство	234	192	195	182	211	132	137	192	284	299	127
9. Разбойное нападение	45	41	56	49	51	38	44	58	63	38	40
10. Грабеж	37	47	50	51	51	34	61	50	68	59	59
11. Кража	664	488	565	465	497	344	351	457	558	553	522
12. Мошенничество	46	54	50	53	58	36	44	76	74	62	89
13. Присвоение или растрата	22	15	26	11	9	7	18	22	30	27	28
14. Вымогательство	4	7	7	4	3	6	7	5	7	9	9
15. Угон автомобиля	48	37	42	39	31	25	26	23	19	22	25
16. Взятничество	0	0	1	1	3	0	7	4	5	5	9

Как видно из приведенных данных, преступности молодежи в РА в основном присущи насильственная и корыстная мотивации.

Относительно молодежной насильственной преступности в РА нужно отметить, что за изучаемый период (1993-2012 г.) наблюдается тенденция снижения убийств и убийств с отягчающими обстоятельствами, хотя за последние семь лет ситуация во многом стабилизировалась. На первом отрезке изучаемого периода наблюдается также стабильный рост совершения таких преступлений, как умышленное причинение тяжкого, средней тяжести и легкого вреда здоровью. Вместе с тем нужно отметить, что в последние несколько лет причинение тяжкого вреда здоровью демонстрирует тенденцию снижения. По нашему мнению, мы наблюдаем не реальное снижение совершаемости данных преступлений, а рост

Граф. 4**Изменения структуры преступности молодежи в названные годы.**

латентности, что само по себе тревожный фактор. В последние годы наблюдается также рост причинений средней тяжести вреда здоровью. Неуклонно растет число хулиганств, хотя в последние годы динамика этого преступления стабилизировалась, не считая 2009 г. когда снова возрос уровень совершения данного преступления. В дальнейшем рост хулиганств продолжается, но странным образом резко снизился в 2012 году. Полагаем, что на это повлияли как некоторые объективные, так и субъективные факторы. По нашему мнению, рост насильственной преступности в нашей стране закономерен, и это связано с некоторыми социально-психологическими особенностями молодежи, а также обусловлено социально-экономическими, политическими, организационно-правовыми и иными факторами. В нынешних условиях, когда рост безработицы и миграция возрастают в угрожающем темпе, на фоне возрастающей фрустрации, которые в сочетании с импульсивностью и другими морально-психологическими особенностями молодежи приводят к росту насильственной преступности. Росту насильственной преступности способствует также интенсивная пропаганда западных ценностей, распространение по телевидению и через другие средства массовой информации сцен насилия, порнографии и т.п.

Удивительным образом снижается удельный вес корыстной преступности молодежи, что трудно объяснить объективными причинами. На фоне снижения

и последующего незначительного роста краж, очень неправдоподобно смотрятся относительно стабильные тенденции грабежей и разбойных нападений. Между тем снижение числа краж тоже не представляется реальным, поскольку трудно представить объективные факторы, которые могли бы привести к такому результату. Возможно, что эта ситуация обусловлена ростом латентности корыстной преступности в РА. Можно предположить, что данные о корыстной преступности молодежи не соответствуют действительности. Не исключено также, что снижение корыстной преступности связано и с некоторыми объективными причинами. Это обусловлено миграцией большого числа молодежи, а также массовой безработицей. Последняя является фрустрационным фактором, толкающим молодых людей к совершению не только корыстных, но часто и насильственных преступлений.

Если основываться на официальной статистике, то окажется, что корыстная преступность, особенно не связанная с насилием, обнаруживает тенденцию уменьшения как по абсолютным показателям, так и в структуре преступности. Такая же тенденция свойственна некоторым странам СНГ и Европы⁷. По данным официальной статистики с 1995 по 2003 гг. уровень краж снизился в России, Румынии, Болгарии, Украине, Молдове, Чехии, Голандии, Литве, Эстонии. На фоне снижения уровня краж в некоторых странах

⁷ Габузян А.А. Проблемы преступности в Республике Армения в переходный период. Ер., 2007. С. 139.

наблюдается рост грабежей и разбоев. Такова ситуация в России, Литве, Болгарии, Чехии, Украине⁸. Можно предположить, что в этих странах, как и в Армении, официальная статистика не отражает реальных тенденций, потому что снижение уровня краж на фоне роста уровня разбоев и грабежей представляется в мотивационном плане необъяснимым феноменом. Можно предполагать, что в названных странах насильственная корыстная преступность все больше латентизируется. В то же время в Австрии, Германии, Швейцарии, Испании, Грузии, Хорватии, Словакии рост уровня краж сопровождается ростом разбоев и грабежей. И это наверняка более точно отражает криминологическую реальность⁹.

Что касается преступлений с анархистско-индивидуалистической мотивацией, то высокие показатели, по нашему мнению, обусловлены тем обстоятельством, что некоторые из них имеют довольно низкий уровень латентности (в официальной статистике приводятся данные относительно тех преступлений с этой мотивацией, которые регистрируются наиболее полно). Кроме того, рост данного вида преступности может быть связан с незаконностью, правовым нигилизмом, растущим недоверием к закону и правопорядку, царящими в нашей стране. В последние годы наблюдается рост преступности с данной мотивацией. Это, по нашему мнению, связано не только с низкой латентностью, но также с увеличением нигилистических настроений у армянской молодежи, связанных с недавними трагическими политическими событиями в РА (1-ое марта 2008 г.), которые имели цепную реакцию и повлияли не только на социально-экономическую, политическую и организационно-правовую ситуацию в стране, но и на мировоззрение и отношение общества к государству. По моему мнению, сказанное особенно актуально по отношению к молодежи и тенденции роста молодежной преступности это подтверждают.

Удивительную статистику показывает молодежная коррупционная преступность. Судя по официальным данным среди молодежи дача взятки, посредничество взятки и получение взятки почти не существуют. На этом фоне другие коррупционные преступления даже не уместно обсуждать. Такая картина по меньшей мере абсурдна. За последние годы в Армении проблема коррупции стала особенно актуальной. И это не случайно. Армянское общество поражено этим социальным недугом, метастазы которого проникли во все сферы жизни.

По данным некоторых зарубежных организаций,

⁸ См.: European Sourcebook of Crime and Criminal Justice, Statistics-2003, Second edition, p. 40-41, European Sourcebook of Crime and Criminal Justice, Statistics-2006, Third edition, p. 44-45.

⁹ Габузян А.А. Проблемы преступности в Республике Армения в переходный период. Ер., 2007. С. 139.

Армения по уровню коррупции находится на 20-ом месте среди 99 стран мира, а по индексу взяточничества – на 15-ом¹⁰.

Положение можно оценивать как катастрофическое. На фоне кризисных явлений в обществе, развала экономики, обнищания масс общественная опасность коррупции многократно возросла. Коррупция нарушает механизм рыночной конкуренции, поскольку в выигрыше оказывается не тот, кто конкурентоспособен, а тот, кто смог получить преимущество за взятки. Кроме того, она является средством, способствующим обеспечению благоприятных условий для формирования и развития организованной преступности и теневой экономики, что приводит к снижению налоговых поступлений в государственный бюджет. Коррупция способствует обеспечению властвования олигархических кланов. Образовался порочный круг: кризисные явления в обществе являются детерминантой повышения уровня коррупции, в то же время коррупция тормозит развитие общества, преодоление кризиса.

Хотя в последнее время в Армении стали разрабатывать законодательство по борьбе с коррупцией, подготовлена национальная программа по стратегии борьбы с ней, а представители власти почти каждый день уверяют в решимости бороться с этим злом, однако на самом деле реальной борьбы практически не осуществляется. Демонстрация решимости бороться с коррупцией обусловлена давлением западных стран, Совета Европы, а также стремлением властей успокоить общество. Нужно согласиться с теми авторами, которые утверждают, что у властей, да и у армянского общества в целом, нет ни желания, ни решимости, ни реальных возможностей бороться с коррупцией. По некоторым исследованиям, бытовые взятки составляют всего 13-16% от общего числа взяточничества. Между тем взяточничество в сфере государственного управления составило 19-22%, в сфере бизнеса 29-32%, в судебно-правовой, правоохранительной системах 33 – 36% от общего числа взяточничества. Особую тревогу вызывает возрастающая латентность коррупционных преступлений. Латентность всегда была основной особенностью коррупции. Однако в Армении, особенно сейчас, латентность коррупции возросла до небывалых размеров. По экспертным оценкам выявляется и регистрируется всего 0,02-0,04% коррупционной преступности¹¹.

Сравнивая эти оценки с теми официальными данными, которые у нас имеются, можно с уверенностью констатировать, что такие оценки вполне справедливы. Молодежь, как уже многократно нами отмечалось, является самым динамичным и активным слоем

¹⁰ Office of International Information Programs, US Department of State. Web site: <http://usinfo.state.gov>.

¹¹ Габузян А.А. Проблемы преступности в Республике Армения в переходный период. Ер., 2007. С. 148.

общества и, конечно, в полной мере вовлечена в коррупционную деятельность, а имеющаяся статистика говорит лишь о том, что в РА латентность коррупционной и в особенности молодежной коррупционной преступности очень велика. По нашему мнению, такая ситуация является одним из самых опасных вызовов и проблем, стоящих перед нашей правоохранительной системой, и будущее нашего государства во многом связано с эффективным решением этой задачи.

Следует рассмотреть также молодежную рецидивную преступность. Опасность рецидивной преступности очень высока, особенно среди молодежи, поскольку совершение рецидива преступления свидетельствует об углублении и закреплении антиобщественных настроений у молодых преступников. Для оценки объективного состояния молодежной рецидивной преступности важное значение имеет выявление ее доли в целом. (См. нижеследующие табл. и граф.)

Таблица 9.

Год	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Общ. Рец. Прес.	1190	939	818	611	541	606	602	542	443
Рец. Молод. Прест.	407	283	246	174	174	163	149	123	128

Из приведенных данных видно, что как рецидивная преступность в целом, так и молодежная рецидивная преступность за последние годы имеют тенденцию снижения, что, по нашему мнению, является странным, поскольку множество факторов свидетельствует о том, что как рецидивная преступность, так и молодежная рецидивная преступность в РА должны расти, а не снижаться. Из официальных данных ясно также, что молодежная рецидивная преступность занимает значительную долю общей рецидивной преступности.

Граф. 5. Соотношения общей рецидивной преступности и рецидивной преступности молодежи в РА

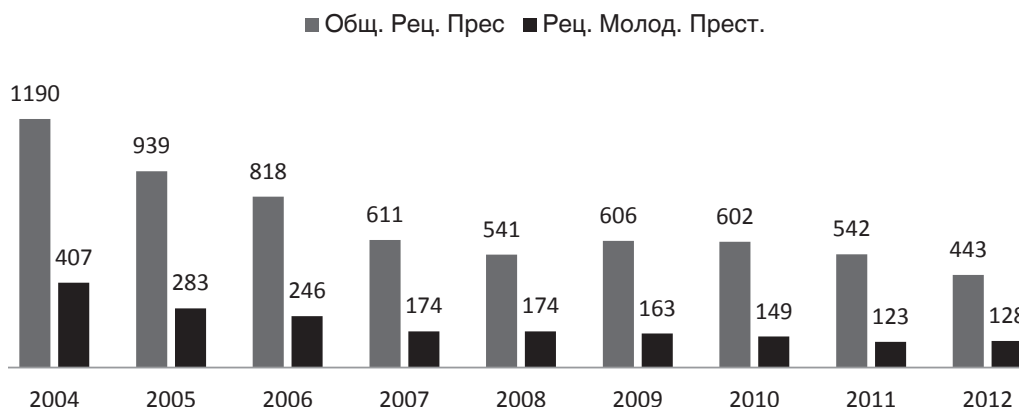


Таблица 10. Структура рецидивной молодежной преступности в РА в 1993-2001 гг.

Преступления	Годы									
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	
Убийства с отягчающими обс.	13	7	10	5	8	2	1	2	3	
Умышл. причин. тяжкого вреда здоровью	2	3	4	4	3	9	6	2	5	
Умышл. причин. легкого вреда здор.	8	6	10	14	23	21	23	31	70	
Изнасилование	3	3	1	2	2	3	0	1	0	
Хулиганство	15	18	22	7	15	18	12	26	38	
Незаконное приобр, хранение, перевозка наркотиков	7	11	17	8	4	13	8	12	11	
Незаконное приобр, хранение, перевозка оружия, взрывч..	89	90	48	41	42	44	43	32	37	
Уклонение от действ. воинской службы	-	2	5	13	7	2	6	2	2	
Кража	100	88	48	79	68	75	30	42	38	
Грабеж	18	10	7	5	6	2	7	6	7	
Разбойное нападение	22	15	12	17	18	19	12	14	9	

Как видно из приведенных статистических данных, почти по всем видам вышеуказанных преступлений имеются тенденции к снижению, что парадоксально, поскольку молодежь является самой криминально активной социальной группой, хотя, возможно также, что на фоне массовой миграции молодежи это снижение имеет объективный характер. Исключения составляют хулиганства и умышленное причинения вреда здоровью, по которым ситуация относительно стабильна, а иногда наблюдается рост. Обращает на себя внимание резкий скачок рецидива краж, который произошел в 2004 году. Затем наблюдается резкое снижение, что тоже парадоксально. Предполагается, что здесь на статистику также влияют названные отрицательные факторы и, по нашему мнению, возможно, что реальная картина рецидивной преступности молодежи также нашла неправильное отражение. В названный промежуток времени в РА не происходило социально-экономических, политических или каких-либо других изменений, которые могли бы вызвать спад молодежной преступности в целом и молодежной рецидивной преступности в частности. Здесь работает субъективный фактор, так как нестабильная социально-экономическая ситуация, безработица, миграция, политическая анархия являются реальными предпосылками для роста преступности молодежи, а не для ее снижения, а официальная статистика лишь свидетельствует о нерезультативности работы правоохранительных органов и росте латентности молодежной преступности.

Важно выявить удельный вес молодежной преступности в общей структуре преступности в РА. По вышеуказанным данным, как уже было отмечено, получается, что примерно 20-30% преступлений в РА совершается молодыми людьми в возрасте 18-30 лет. По общим криминологическим данным, примерно половина всех преступлений совершается людьми моложе 30 лет¹². Если не считать преступности несовершеннолетних, то получается, что примерно 30% преступлений совершается молодыми людьми. Такой удельный вес молодежной преступности в общей структуре преступности свидетельствует о том, что в нашей стране и других странах региона уровень преступности молодежи идентичен. Это очень негативное и неблагоприятное явление для нашей страны.

Необходимо отметить, что несмотря на растущую латентность преступности, в нашей стране есть ряд антикриминогенных факторов, которые традиционно обуславливают низкий уровень преступности по сравнению с другими постсоветскими странами. Эти факторы следующие:

1. Маленькая территория, которая позволяет более эффективно осуществлять социальный контроль.
2. Наличие довольно сильного неформального контроля над молодежью, что связано с традициями и менталитетом нашего народа. Несмотря на сложную социальную ситуацию, армяне еще сохранили такие ценности, как традиционная семья, контроль семьи над подрастающим поколением, слабые темпы женской эмансипации и т. д. Но приходится с сожалением констатировать, что сила этих традиций постепенно угасает, и это связано как с усугубляющейся социальной ситуацией, так и экспансией чуждых нашему обществу культур.
3. У нас нет сильно выраженного конфликта между поколениями. Традиционно сохраняется глубокое уважение к родителям и, вообще, к старшим. Но, как было сказано выше, проникновение чужих культур оставляет негативную печать на этой сфере.
4. По составу наша республика – самая однородная в странах СНГ, поскольку около 97% населения составляют армяне. По этой причине, у нас отсутствуют межнациональные конфликты¹³.

На этом фоне схожесть уровня молодежной преступности со странами СНГ можно считать настоящим бедствием. Такая ситуация свидетельствует о том, что в РА вышеперечисленные антикриминогенные факторы в последнее время очень ослабли и не являются доминирующими в формировании психологии и мировоззрения нового поколения. Фактически мы теряем те основные стержневые ценности, которые позволяют нам выделяться как этнос, носитель собственной культуры и традиций.

IV. Заключение

Завершая исследование статистической информации о преступности молодежи в целом и структурных характеристиках преступного поведения молодых людей, нужно подчеркнуть наиболее существенные положения, вытекающие из всего сказанного а также отмеченных в криминологической литературе.

1. Преступность молодежи характеризуется рядом особенностей, отличающих ее от преступности иных возрастных групп населения: несовершеннолетних, с одной стороны, и «взрослых» с другой. Эти особенности относятся фактически ко всем ключевым параметрам феномена молодежной преступности: абсолютное число выявленных лиц, совершивших преступления,

¹² См.: Сахаров А. Б., Саркисов Г. С. Проблема преступности в современных условиях. М., 1991. С. 124.

¹³ См.: А. Габузян. Тенденции преступности в РА в переходный период. Вопросы правоведения. Межвузовый сборник научно-исследовательского центра юрфака ЕГУ. , № 4. С. 22.

интенсивность и направленность динамики этих показателей, структурная характеристика, криминальная активность контингента (коэффициенты преступности).

2. Криминальная активность молодежи особенно высока, когда речь идет о преступлениях, которые имеют насильственную, анархическую и особенно корыстную мотивацию.
3. На период молодежного возраста преступников приходится «пик» уровня общественной опасности их самих и совершаемых ими деяний. Именно эта группа населения контингент, с которым, как правило, связаны самые неблагоприятные тенденции не только молодежной, но и всей преступности.
4. Наконец, необходимо отдельно обратить внимание на обстоятельство, которое весьма важно для восприятия и понимания представленного выше анализа молодежной преступности. Этот анализ базируется на данных официальной статистической отчетности. Но зарегистрированная преступность далеко не равна преступности реальной. Между ними лежит мощный слой так называемой латентной (скрытой и скрываемой) преступности¹⁴.

Если говорить об армянской действительности, то одним из неизбежных следствий кризисного состояния нашего общества стала гиперлатентность преступности. И это общее положение в полной мере распространяется на молодежную преступность. Конкретные масштабы латентности криминальных деяний специалисты определяют по-разному. Суммируя эти различные позиции, можно сказать, что большинство придерживается примерно такого мнения: за пределами регистрации остается в зависимости от видов посягательств от 40% (ряд общеуголовных деяний) до 95% (экономические преступления)¹⁵ преступлений.

Проблема латентности имеет огромное значение не только для теории, но и для практики борьбы с преступностью. Очевидно, что чем выше уровень латентности, чем, соответственно, менее точны наши представления о действительных масштабах криминальной пораженности общества, тем более ограничены возможности противодействия ей, а значит, тем более вредоносной силой может выступить преступность в будущем¹⁶.

Оценка криминальной ситуации без учета фактора латентности только на основе данных официальной

уголовной статистики, характерной для практики правоохранительных и иных государственных органов, ведет к искажению картины складывающейся криминальной ситуации, к крупным ошибкам в формировании стратегии и тактики правоохранной деятельности, в ресурсном и финансовом обеспечении процессов борьбы с преступностью и, в конечном счете, решительно повышает опасность новых поражений правоохранительной системы в этой борьбе. Игнорирование данных, позволяющих оценить реальную преступность, может привести к тому, что общество, стоящее перед необходимостью решения сложнейших социальных проблем, недооценит остроту криминальной ситуации и, следовательно, не примет адекватных мер по ее коррекции.

Имея в виду все названные криминогенные и антикриминогенные факторы, есть все основания полагать, что рост преступности и, в частности, молодежной, в РА неизбежен, а ее латентность, по моему мнению, будет увеличиваться. Это создает непосредственную угрозу для нашей национальной безопасности. И как бы не были многочисленны и важны проблемы, стоящие перед нашим государством, названные проблемы останутся одними из первостепенных и должны быть в центре внимания государства (и, особенно, правоохранительных органов) и общества в целом.

¹⁴ Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. М., 2006. С. 132.

¹⁵ См.: Преступность. Статистика. Закон. М., 1997. С. 6; Кудрявцев В.И. Современные проблемы борьбы с преступностью // Вестник РАН. Т. 69. № 9. С. 792.

¹⁶ Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. М., 2006. С. 133.

Значение прошлой судимости для определения пропорционального наказания

I. Введение

В представленной статье рассмотрено значение прошлой судимости преступника для применения пропорционального наказания. Критически проанализирована точка зрения, высказанная в науке и практике, согласно которой прошлая судимость определяет степень несправедливости деяния или степень вины. Указаны и те обстоятельства, вместе с которыми учитывается прошлая судимость.

В ряде статей действующего УК Грузии прошлая судимость считается отягчающим обстоятельством ответственности, что обязывает судью предусматривать ее при квалификации деяния. В статье и этот вопрос рассматривается с критической точки зрения.

В данном тексте внимание заострено также на значении неимения судимости, а именно, насколько оправдано, всегда считать смягчающим обстоятельством имение чистого прошлого, так как оно, в отдельных случаях, наоборот, накладывает большую ответственность на совершившего деяние.

II. Значение наказуемости при применении наказания.

Согласно части 3 статьи 53 УК при назначении наказания суд наряду с другими обстоятельствами учитывает прошлую жизнь преступника. Самым значительным аспектом прошлой жизни преступника является его прошлая судимость.² Факт ранней судимости приобретает иное значение при применении наказания, по сравнению с тем фактом, когда лицо совершило преступление впервые. Исходя из ранней судимости можно сделать выводы о предположительно негативном отношении преступника к праву. Нужно предусматривать все обстоятельства предыдущего случая, особенно количество ранних судимостей, виды и тяжесть ранее совершенных преступлений. Учитывается и то обстоятельство, было ли прежнее деяние совершено в отягчающих обстоятельствах. Должное внимание уделяется прежней судимости,

если она не представляет собой совершение менее тяжкого деяния. То, насколько важна ранняя судимость, зависит не от меры примененного наказания, а от значения тех деяний и фактических обстоятельств, которые легли в основу прежней судимости.³ Положение, согласно которому решающим является значение деяния, а не мера наказания, верно, поскольку законодатель иногда за преступление посягательства на жизнь применяет меньшее наказание (см. статьи 111, 113, 114), чем за преступления, направленные против другого правового блага (статья 147, часть 1).

Не всегда одинаково решается вопрос судимости за ранее совершенное преступление по неосторожности. Как правило, не учитывается прежняя судимость, если ранее преступник был осужден за совершение деликта по неосторожности.⁴ Но прежняя судимость может отягчить наказание и предусматриваться не в пользу преступника, если в основе ранее осуществленного и последнего преступлений лежит одно и то же убеждение.⁵ Особое значение в этом отношении имеют транспортные преступления. Как указывает Ципф, судимость, несмотря на неосторожность, принимается во внимание в случае совершения транспортного преступления, когда преступление является выражением повторения невнимательности и неимения дисциплины транспортного движения.⁶

В науке уголовного права существует неоднозначное мнение относительно значения судимости при наложении наказания и ее влияния на меру наказания. Разница между господствующим учением применения наказания и теорией применения пропорционального наказания состоит в том, какое значение придается прежней судимости при применении наказания. По господствующему мнению, прежняя судимость играет значительную роль.⁷

Возможно существование неподтвержденного подозрения относительно прошлых преступных деяний преступника, но только подозрение, что обвиняемый в прошлом совершил преступление, нельзя учитывать при определении наказания.⁸ Т.е. факт совершения

¹ Доктор права (ТГУ), ассистент-профессор юридического факультета Тбилисского государственного университета им. Ив. Джавахишвили; научный сотрудник Института государства и права им. Т. Церетели.

² *Streng F.*, *Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3. Aufl., Stuttgart, 2012, S. 275, Rn. 565.

³ *Theune W.*, in: *Leipziger Kommentar StGB*, 12. Aufl., Berlin, 2006, S. 1116, §46 Rn. 169.

⁴ *Zipf H.*, *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69; *Zipf/Dölling*, in: *Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2*, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 822, §63 Rn. 158.

⁵ *Theune W.*, in: *Leipziger Kommentar StGB*, 12. Aufl., Berlin, 2006, S. 1116, §46 Rn. 169.

⁶ *Zipf H.*, *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69; *Zipf/Dölling*, in: *Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2*, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 822, §63 Rn. 158.

⁷ *Bruns H-J.*, *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, S. 223; *Zipf/Dölling*, in: *Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2*, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 822, §63 Rn. 160; *Tröndele H.*, *strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48. Aufl., München, 1997, S. 298, §46 Rn. 24a.

⁸ *Theune W.*, in: *Leipziger Kommentar StGB*, 12. Aufl., Berlin, 2006, S. 1116, §46 Rn. 169.

обвиняемым в прошлом преступления должен быть установлен неопровержимо.

Федеральный суд Германии прежней судимости придает особое значение с точки зрения пренебрежения предупреждающей функцией наказания. Пренебрежение предупреждением является индикацией негативного отношения к правопорядку. Согласно этому же мнению, если, несмотря на предупреждение, лицо совершает преступное деяние, тогда тяжесть неправомерности его деяния выше.⁹ Хотя, по мнению ряда ученых, судимость только тогда является отягчающим обстоятельством, когда преступник с учетом вида деяний и обстоятельств заслуживает порицания.¹⁰ Согласно данному положению, важна не только судимость, но важен и вид того деяния, которое было совершено в прошлом. Помимо этого, нужно принять во внимание и то, в каких условиях произошло совершение деяния.

Спорно соображение, согласно которому судимость повышает степень неправомерности. Прошлое преступника в малой степени связано с последним совершенным деянием и с его неправомерностью, оно нерелевантно для деяния. Иначе решается вопрос относительно мотивов и целей, которые релевантны для оценки деяния.¹¹ Исходя из этого возникает следующий вопрос: для назначения пропорционального наказания, насколько важно предусматривание прошлого преступника, которое нерелевантно для оценки деяния?

Предусматривание прежней судимости при установлении наказания важно постольку, поскольку прежняя судимость указывает на настрой, мировоззрение преступника и на то, следует ли ожидать от него в будущем совершения нового преступления. Когда преступник совершает преступление повторно, намеренно, тем более того же вида преступление, это является показателем того, что примененное прежде наказание не выполнило свою функцию с точки зрения превенции нового преступления. Поэтому, учитывание прошлого преступника, особенно его судимости, помогает судье при установлении наказания принять правильное решение с точки зрения вида и меры наказания.

Тогда, когда Верховный суд Германии без должного обоснования присуждает прежней судимости функцию определения степени неправомерности деяния, группа ученых признает судимость релевантным обстоятельством для определения виновности. Такого же мнения и И. Двалидзе, который отмечает, что «судимость сле-

дует причислить к каталогу признаков, определяющих пропорциональность наказания с виной.»¹²

С точки зрения ученых, которые считают судимость признаком виновности, важно установить, является ли порицательным пренебрежение действующим лицом предупреждающей функции прежней судимости или нет.¹³ По этой же концепции тот, кто действует, пренебрегая препятствующим импульсом (*Hemmungsimpulse*), связанным с прежней судимостью, или не предусматривает его (*hinwegsetzen*), действует с увеличенной, возросшей виной.¹⁴ Пренебрежение предупредительной функцией и препятствующим импульсом прежней судимости является основанием особого порицания.¹⁵

Для определения степени вины, крайне важно учесть преодоление преграды преступником.¹⁶ В частности, чем больше трудностей, которые преступник должен был преодолеть во время совершения деяния, чем настойчивее он действует для достижения собственной цели, тем больше его вина и тем большего наказания он заслуживает,¹⁷ но возникает вопрос – можно ли приравнять судимость к такому виду препятствия, который оказывает влияние на степень вины. Или имеет ли вообще место преодоление какого-либо препятствия, когда преступление совершает лицо с судимостью? Верно, что судимость влечет за собой определенные негативные последствия (напр., судимость может помешать устроиться на работу на определенное место), но несмотря на это, судимость не может быть приравнена к тому виду препятствующего обстоятельства, который повышает степень вины.

Верно отмечает Гёрнле, что по разным причинам логически невозможно обосновать тот взгляд, согласно которому, прежняя судимость повышает степень вины.¹⁸ С точки зрения Ципфа, сложно связать с виной то деяние, которое было совершено ранее и за которое преступник был уже осужден.¹⁹

¹² Двалидзе И., Общая часть уголовного права, Наказание и другие уголовно-правовые последствия преступления, Тбилиси, 2013, стр. 31.

¹³ Zipf H., Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69; Lackner/Kuehl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., München, 2007, S. 300, §46 Rn. 37.

¹⁴ Horstkotte H., Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Massregeln der Sicherung und Besserung, JZ 1970, S. 153.

¹⁵ Анализ этого взгляда подробно см. Erhard C., Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, Berlin, 1992, S. 62.

¹⁶ Порой преодоление препятствия оказывает влияние и на степень неправомерности. Например, кража со взломом по статье 177, наказывается строже. Законодателем она признана квалифицирующим обстоятельством деяния. Кража со взломом как особый случай преодоления препятствия повышает степень неправомерности кражи.

¹⁷ Bruns H.-J., Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, S. 211.

¹⁸ Hörnle T., Tatproportionale Strafzumessung, Berlin, 1999, S. 161.

¹⁹ Zipf H., Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69.

⁹ Entscheidungen Des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt), 25. Band, 1975, S. 64.

¹⁰ Horstkotte H., Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Massregeln der Sicherung und Besserung, JZ 1970, S. 153.

¹¹ Streng F., Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl., Stuttgart, 2012, S. 275, Rn. 564.

Судимость не влияет ни на неправду, ни на вину. Когда речь идет об определении степени неправды, имеется в виду конкретное деяние, которое нужно оценить, и за которое совершивший деяние должен быть осужден, а также обстоятельства, при которых было совершено деяние, которые легли в основу деяния, что никак не связано с тем деянием, за которое лицо было осуждено ранее и понесло наказание.

Верно заметил В. Фриш, что судимость не влияет ни на неправду последствия, ни на неправду деяния, и поэтому, непонятно, как могут определить степень неправды деяния (которое нужно оценить) судимость и ранее совершенное деяние.²⁰

Определение степени неправды последнего совершенного деяния прежней судимостью вызывает еще большую вопросов тогда, когда ранее осуществленное деяние (за которое лицо уже было осуждено) и последнее совершенное деяние основывают различную неправомерность. Например, если в первый раз лицо было осуждено за кражу, а позже лицо совершило убийство с позиции Верховного Федерального суда Германии получается, что неправомерность убийства повышается судимостью, которая связана с совершением преступником кражи в прошлом.

Определение степени вины на основании судимости не соответствует современному пониманию вины, что подразумевает индивидуальную ответственность за деяние.²¹ С точки зрения В. Фриша, сомнительно при судимости обосновывать более высокую степень вины тем, что судимость выполняет предупредительную функцию и судимый имеет опыт.²²

Невозможно определить неправомерность или степень вины судимостью за то деяние, которое от последнего совершенного деяния отдалено большой временной дистанцией, что исключает установление связи судимости с последним деянием.

По мнению ряда ученых, при совершении нового преступления степень вины высока по той причине, что знание запрета (*verschärfte Verbotskenntnis*) больше, чем в другом случае (при неимении судимости).²³ Отмеченное соображение спорно. Нельзя делить знание запрета на степени. Человек в большей или меньшей степени может допускать наступление неправомерных последствий, или в большей или меньшей степени иметь возможность знания запрета, но этим степень знания запрета не измеряется. Человек или знает, или не знает, что деяние запрещено. Не существует знания (осознания) запрета в большей или меньшей степени. В обсуждаемом случае «невоз-

можно определение знания как степени когнитивного состояния».²⁴

Знание запрета при установлении наказания очень важно. Согласно статье 36 УК простительная ошибка в знании запрета исключает вину, а непростительная – смягчает степень вины. Ошибка простительна или нет, устанавливается существованием возможности знания запрета. При наличии такой возможности ошибка непростительна, а при несуществовании возможности – простительна. Хотя, нужно учитывать и то, что здесь речь идет о возможности знания запрета, а не о степени знания запрета.

Таким образом, исключение вины на основании несуществования знания запрета (когда незнание простительно) не дает нам оснований признать идею «повышенного знания запрета» и под её влиянием возможность определения степени вины.²⁵

В науке уголовного права имела место попытка истолковать действие судимого в прошлом как посягательство на две разные нормы, т.е. как двойное нарушение обязательства, и исходя из этого обосновать, что безнравственность деяния высока.²⁶ Хотя, как уже было отмечено выше, неправильно говорить о высокой неправомерности только потому, что деяние совершил человек, имеющий судимость. При совершении судимым преступления последствия остаются неизменными, они не отличаются от тех последствий, которые следуют за преступным деянием того лица, кто совершил его впервые. Деяния судимых и несудимых имеют одни и те же последствия.²⁷

Неправомерность деяния определяют не ранее оцененные, а осуществленные и оцениваемые обстоятельства деяния. Когда преступление совершает судимый, с его стороны действительно имеет место нарушение нормы дважды – в первый раз вследствие того деяния, из-за которого он был осужден, а во второй раз – из-за оцениваемого деяния. Но, несмотря на это, нельзя оценивать это как двойное нарушение нормы, что повысит степень неправомерности последнего деяния, так как осуществленное в прошлом деяние уже оценено и преступник понёс наказание.

У ранее осуществленного деяния мало общего с последним деянием. Что может связывать старое деяние с новым? Ответ прост: личность преступника, что не может определить тяжесть неправды.

Верно отмечает Т. Гёрнле, что для либерально-правового государства неприемлемо обосновывать высокую степень неправды из-за повторного пренебрежения тем обязательством, которое лежит в основе

²⁰ Frisch W., Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, S. 773.

²¹ Hörnle T., Tatproportionale Strafzumessung, Berlin, 1999, S. 161.

²² Frisch W., Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, S. 773.

²³ Hillenkamp T., Zur materiellen Rückfallsausel des §17 StGB, GA 1974, S. 215.

²⁴ Hörnle T., Tatproportionale Strafzumessung, Berlin, 1999, S. 162.

²⁵ Hörnle T., Tatproportionale Strafzumessung, Berlin, 1999, S. 161-162.

²⁶ Mir Puig., Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallstrafschaerfung, ZStW 1974, S. 197.

²⁷ Erhard C., Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, Berlin, 1992, S. 260.

нормы уголовного права. Такое решение вопроса скорее соответствует понятиям авторитарного государства.²⁸

Федеральный Верховный суд Германии указывает, что прежней судимости в ряде случаев может прижаться значение не утягчающего, а смягчающего обстоятельства. Нужно учесть, насколько пропорционально произошло осуждение в прошлом, какова была мера наказания, примененная к преступнику ранее, не произвело ли отрицательное влияние ранее примененное наказание на развитие личности преступника. Особенно это касается молодых осужденных. Верховный суд Германии отмечает и то, что до объединения Германии, в Восточной Германии применялись более строгие наказания, чем в Западной Германии. Часто наказание было несоразмерно строгим, что отрицательно сказывалось на ресоциализации преступника.²⁹

Ресоциализация – одна из важнейших целей наказания и она должна быть принята во внимание при установлении наказания. Примененное наказание не должно способствовать десоциализации преступника. Безоговорочное ужесточение наказания из-за прошлой судимости без предусмотрения конкретных обстоятельств не обеспечивает достижения цели наказания с точки зрения ресоциализации.

Предусматривая опасность преступника, а также совершенные им ранее деяния, установление наказания оставляет меньше места для применения пропорционального наказания в отношении деяния. К судимому, учитывая отдельные обстоятельства, может быть применено более строгое наказание, но исходя из превентивной³⁰ целесообразности, а не по той причине, что из-за судимости степень его неправды или вины высока.

В случае прошлой судимости с частной превентивной точки зрения нужно принять во внимание следующие обстоятельства: вид осуществленного ранее преступления, количество преступлений, место осуждения преступника, соответствие примененного наказания совершенному преступлению – не было ли применено чрезмерно строгое наказание, что воспрепятствовало развитию личности преступника. Хотя это не исчерпывающий перечень обстоятельств.

При применении наказания к судимому надо учитывать и то, в каких обстоятельствах он совершил преступление, за что он был осужден. Например, если медсестра Красного Креста без вознаграждения работала на благо общества и в это время со-

вершила наказуемое деяние (напр., транспортное преступление), судья должен учесть это в пользу преступника.³¹

Согласно статье 79 УК в случае наличия судимости нужно учитывать и то, сколько времени прошло после отбытия наказания. В этом смысле важна и тяжесть совершенного преступления. Погашение судимости происходит по прошествии определённого законом срока после отбытия наказания, продолжительность которого различна для всех (трёх) категорий преступления. Если лицо было осуждено пресечением свободы за менее тяжкое преступление, для погашения судимости с отбытия наказания должно пройти сравнительно немного времени (3 года), но если лицо было осуждено за тяжкое или особо тяжкое преступление, установлен более долгий срок (6-8 лет) с отбытия наказания. Для выяснения того, может ли вызвать погашение судимости время, пройденное с момента отбытия наказания за ранее совершенное преступление, нужно принять во внимание не только тяжесть преступления, но и присужденное наказание. Например, если лицу за ранее совершенное преступление суд присудил более мягкое наказание, нежели пресечение свободы, для погашения судимости достаточно и прошествия года с отбытия наказания вне зависимости от тяжести прежде совершенного преступления. Если же осужденный был освобожден досрочно от отбытия наказания, то срок погашения судимости будет отсчитываться со срока фактического отбытия наказания.

Всё сказанное означает, что в случае прошествия долгого времени после ранее совершенного преступления судимость может вообще потерять значение и не будет приниматься во внимание. Хотя в этом случае надо учитывать и то, с какой точки зрения обсуждается судимость – с точки зрения квалификации деяния или установления наказания. Не исключено, что при установлении наказания судимость за прошлое преступление всё же будет принята во внимание, несмотря на прошествие долгого времени с отбытия наказания.

III. Судимость как квалифицирующее деяние (законодательное) обстоятельство?

По грузинскому УК судимость выполняет двойную функцию. Она является не только предусматриваемым фактором при установлении наказания, а также квалифицирующим законодательным признаком отдельных преступных деяний. В ряде случаев в статьях особенной части на неоднократность преступления

²⁸ Hörnle T., Tatproportionale Strafzumessung, Berlin, 1999, S. 162

²⁹ BGHSt. 38. Band, 1993, S. 73.

³⁰ Об особом превентивном значении предусмотрения судимости при применении наказания см. Zipf H., Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg, Karlsruhe, 1977, S. 70.

³¹ Zipf H., Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg, Karlsruhe, 1977, S. 70.

указывается как на отягчающее обстоятельство. Например, подпункт «е» части 3 статьи 109, подпункт «е» части 7 статьи 117, пункт «а» части 3 статьи 137 и др. Согласно статье 15 неоднократное преступление означает повторное совершение лицом преступления, предусмотренного конкретной статьей УК, за которое лицо было ранее осуждено. Лицо не считается судимым, если оно за преступление, совершенное в прошлом, было освобождено от уголовной ответственности, или если за ранее совершенное преступление судимость была снята или погашена. В соответствии с частью 3 статьи 79 судимость погашается по прошествии определенного срока после отбытия наказания. Итак, неоднократность налицо, если лицо за аналогичное преступление было осуждено в прошлом, но отбывание наказания автоматически не влечет за собой погашение судимости, для этого должно пройти определенное время.

По действующей редакции Грузинского УК в отношении преступника, исходя из его прошлого – судимости – строгое наказание может быть применено не только судьей, но и постановлено законодателем, что рождает вопрос относительно того, является ли уголовное право только правом деяния, и не вмешивается ли законодатель в функции судьи?

В этой связи нужно сказать, что объявлять судимость признаком квалифицированного деяния неверно. Судимость должна предусматриваться только при присуждении наказания. Более приемлемой была прежняя редакция статьи 15, которая неоднократным преступлением считала осуществление того же деяния повторно, если за ранее совершенное деяние лицо не было осуждено, так как причиной ужесточения наказания являлось ранее осуществленное деяние, за которое лицо не было осуждено. Более справедливым и приемлемым является отягчение законодателем наказания не за деяние, осуществленное в прошлом, в связи с которым лицо уже понесло наказание, а за то деяние, за которое он не был осужден.

По действующему законодательству для признания преступления неоднократно совершенным, важна такая судимость, которая не погашена и не снята. В соответствии с частью 6 статьи 79 УК, «погашенная или снятая судимость не принимаются во внимание при решении вопроса уголовной ответственности, квалификации преступления и меры уголовно-правового воздействия». Но, несмотря на это положение, в отдельных случаях судья может учесть как снятую, так и погашенную судимость, что поможет ему применить такого вида и меру наказания, которые в отношении конкретного преступника выполняют превентивную функцию.

По статье 53 УК при назначении наказания наряду с различными обстоятельствами судья предусматри-

вает и прошлое преступника. «Под прошлым преступником подразумевается и его преступное прошлое».³² Итак, судимость – часть прошлого преступника, вне зависимости от того, снята она или погашена.

Когда речь идет о значении предусматривания судимости при присуждении наказания, необходимо подчеркнуть одно обстоятельство. Если прежняя судимость в соответствующей статье Уголовного кодекса предусмотрена как квалифицирующее деяние обстоятельство, то то же обстоятельство при установлении наказания не должно приниматься во внимание во второй раз. В противном случае, будет нарушен принцип запрета двойной оценки.

IV. Неоднократность и ранняя судимость отягчающее или основывающее обстоятельство ответственности?

Как уже было отмечено по УК Грузии в ряде статей неоднократность встречается как отягчающее обстоятельство, а неоднократность за ранее совершенное преступление требует судимости и не существует независимо от нее. Возникает вопрос: Как должен решиться вопрос тогда, когда осуществленное деяние без неоднократности не может основать уголовно-правовую ответственность? Тогда, когда последнее деяние, осуществленное без неоднократности по своей тяжести и своим значением не может вызвать уголовно-правовую ответственность, не означает ли наказывание действующего лица из-за прошлой судимости придания неоднократности значения обстоятельства, основывающего ответственность?

Для прояснения вопроса приведем следующий пример: «А» желал украсть из супермаркета майку, стоимостью 100 лари, так как был студентом и не мог ее купить. Для осуществления своей идеи «А» решил в течение дня посетить супермаркет и осмотреть камеры безопасности, размещенные в супермаркете, чтобы на следующий день тайно овладеть майкой. Его подозрительное поведение заметили сотрудники охраны и передали «А» полиции, где «А» признался во всем.³³ Будет ли наложена на «А» ответственность за подготовку неоднократной кражи?

Подготовка основного состава кражи без отягчающих обстоятельств не наказуема, так как кража (части 1, статьи 177 УК) – менее тяжкое преступление. По законодательству Грузии наказуемы лишь подготовка тяжкого, особо тяжкого и некоторых видов менее тяжких преступлений (статья 18). Кража не относится к менее тяжким преступлениям этой катего-

³² Двалидзе И., Общая часть уголовного права, Наказание и другие уголовно-правовые последствия преступления, Тбилиси, 2013, стр. 35.

³³ Данный пример приведен из книги Б. Джишкарариани. См. Джишкарариани Б., Казусы общей части уголовного права, Тбилиси, 2015, стр. 99.

рии. Поэтому ошибочно мнение тех авторов, которые в данном случае считают возможным наказывать «А» за подготовку неоднократной кражи.³⁴

Для наложения на лицо ответственности за подготовку неоднократной кражи, необходимо, чтоб кража относилась к категории тех преступлений, подготовка которых наказуема даже тогда, когда не существует отягчающих обстоятельств. В противном случае, если лицо будет наказано за подготовку (неоднократной) кражи по той причине, что лицо и раньше было осуждено за кражу, неоднократность превращается не в отягчающее обстоятельство, а обстоятельство, основывающее ответственность, так как без прежней судимости подготовка кражи ненаказуема. Выходит, что прежняя судимость основывает ответственность. Такое решение вопроса неприемлемо, так как неоднократность, а соответственно и прежняя судимость, признак не неправды или вины, а факт, который связан с прошлым преступника. Ответственность должна быть основана на неправде, вине, их тяжести, а не на личности действующего лица, или его прошлом.

Неоднократность, как обстоятельство, квалифицирующее деяние, налицо, когда лицо осуждено по той же статье, и последнее деяние, отдельно взятое, вызывает уголовно-правовую ответственность. Например, для наложения на лицо ответственности за кражу необходимо, чтоб цена украденной вещи не была незначительной, так как согласно части 2 статьи 7 УК, преступлением не является такое деяние, которое незначительно. Невозможно наказать за неоднократную кражу того, кто украл незначительную вещь, даже если он ранее был судим за кражу и судимость еще не снята или не погашена.

По УК Грузии судимость за одно и то же деяние в отдельных случаях встречается как обстоятельство, основывающее ответственность, что неправильно. Например, по статье 273 УК карается незаконное изготовление, приобретение, хранение наркотического средства, его аналога или прекурсора для личного употребления в незначительных количествах или – незаконное употребление без назначения врача, совершенное лицом с административным взысканием или судимостью за это преступление. Если лицо без назначения врача впервые употребило наркотическое средство, деяние будет квалифицировано как административный проступок. Но если лицо совершило отмеченное деяние после административного взыскания или осуждения за преступление, предусмотренное статьей 273, это деяние будет квалифицироваться как преступление, а не как административный проступок. Получается что прежняя судимость, т.е.

прошлое преступника выполняет разграничивающую функцию для проступка и преступления, что неправильно. Проступок, по сравнению с преступлением характеризуется меньшей опасностью. А опасность деяния не может расти вместе с его повторением с учетом прошлого действующего лица.

V. Неимение криминального прошлого (осуществление преступления впервые) и значение этого обстоятельства

Спорным является вопрос относительно того, может ли неимение криминального прошлого оцениваться всегда однозначно и считаться смягчающим наказанием обстоятельством. С позиции Федерального Верховного Суда Германии нельзя не учитывать свободное от криминала чистое прошлое при обосновании уменьшения наказания.³⁵ Отмеченное соображение разделяют некоторые немецкие ученые и для укрепления своей позиции приводят на помощь статистические данные. В Германии 54,52% осужденных в 2009 году мужчин были ранее судимы. А по общим данным одна треть мужчин до 24 лет были ранее судимы. Исходя из этого, часть ученых соглашается с оценкой суда, что неимение криминального прошлого является смягчающим обстоятельством.³⁶

В. Фриш в противовес судебной практике Федерального Верховного Суда Германии высказывает соображение, что оценка конкретного случая с учетом прошлой судимости или прошлого преступника неоправдана.³⁷

С точки зрения Ципфа, при применении наказания недостаточно указывать только на то, что до этого преступник не был судим. Следует учесть и то, что безукоризненный образ жизни и прошлое основывают высокую ответственность. Многолетнюю практику управления машиной без несчастных случаев следует оценить соответствующим образом. С другой стороны, многолетняя практика вождения связана с богатым опытом, который при транспортном преступлении может иметь для преступника негативное значение, в отличие от неимения опыта. Поэтому, сомнительно, будет ли оценен многолетний опыт вождения без несчастных случаев в пользу обвиняемого.³⁸

В отдельных случаях возможно предъявление больших требований к тому, кто опытнее и имеет незапятнанное прошлое. Поэтому неоправдано смягчение наказания только по той причине, что преступник

³⁵ BGH NStZ 1982, S. 376; NStZ 1983, S. 453.

³⁶ Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl., München, 2012, S. 181, Rn. 647.

³⁷ Frisch W., Über die "Bewertungsrichtung" von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht, GA 1989, S. 358.

³⁸ Zipf H., Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69; Zipf/Dölling, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 823, §63 Rn. 160.

³⁴ См. Джишкарариани Б., Казусы общей части уголовного права, Тбилиси, 2015, стр. 99-101.

до этого не совершал правонарушений. Хотя авторы справедливо указывают на превентивное значение предосторожности прошлого преступника при применении наказания.³⁹

О значении предосторожности судимости при применении наказания было отмечено и выше, где говорилось, что неправильно безоговорочно признавать судимость отягчающим обстоятельством наказания. Судимость непригодна для установления неправомерности или степени вины, но это не означает, что прошлое преступника не играет при этом никакой роли. Прошлое преступника нужно предусматривать для правильного определения с превентивной точки зрения вида и меры наказания.

Верно, что прошлое преступника важно, но так же, как и судимость не всегда бывает отягчающим обстоятельством, так и незапятнанное прошлое до совершения преступления не должно всегда при осуществлении любого правонарушения автоматически вызывать смягчение наказания.

VI. Заключение

При определении наказания судья должен принять в виду прежнюю судимость, для того, чтобы должным образом оценить риск-факторы и вероятность совершения преступником нового преступления в будущем. Судимость не всегда должна толковаться как отягчающее обстоятельство. Судимость должна приниматься во внимание вместе с другими факторами. В частности, как часто, при каких обстоятельствах, какого вида преступление (напр. насильственное, намеренное, или совершенное по неосторожности) совершил в прошлом преступник и т.д. Если преступник в прошлом единожды, по неосторожности совершил преступление и с тех пор прошло много времени, то этому не должно придаваться значение отягчающего обстоятельства. Как и прошлая судимость не является априори отягчающим обстоятельством, так и отсутствие криминального прошлого априори не является смягчающим обстоятельством.

Возможно возложение большей ответственности на лицо с чистым прошлым и большим опытом, нежели на неопытного и имеющего криминальное прошлое человека. То, что лицо – опытный водитель, который в прошлом не совершал транспортного преступления, указывает на то, что у него было больше возможности заранее предугадать те последствия, которые могли наступить вследствие его деяния, связанного с вождением транспорта. Значит, в данном случае важен и опыт действующего лица. В ряде случаев прошлую судимость преступника (или чистое

прошлое) нужно рассматривать вместе с этим обстоятельством.

Прошлая судимость может рассматриваться и как смягчающее обстоятельство, если в прошлом к преступнику было применено несправедливо строгое, непропорциональное наказание, что отрицательно повлияло на него, на его развитие как личности. Не исключено, что это стало одной из причин повторного совершения преступления. Таким образом, при учете судимости, должно уделяться внимание тому, в каких условиях совершилось осуждение.

Прошлая судимость не влияет ни на степень неправды, ни на степень вины. Это обстоятельство, связанное с личностью. Невозможно определить степень неправды и вины с учетом того деяния и судимости за то деяние, которое не имеет ничего общего с последним, рассматриваемым деянием.

В отдельных статьях УК прошлая судимость предусматривается как квалифицирующее, отягчающее обстоятельство, что обязывает судью учитывать это обстоятельство при квалификации деяния, что с нашей точки зрения неправильно. Судимость не может быть обстоятельством, квалифицирующим деяние, так как она не влияет ни на степень неправды, ни на степень вины. Судимость должна рассматриваться как обстоятельство, предусматриваемое только при определении наказания, а не квалификации деяния. Вместе с тем, нужно отметить и то, что судимость должна приниматься во внимание вместе с другими факторами. Но если в статье особенной части УК судимость указана как признак квалифицированного состава, тогда судимость автоматически вызывает ответственность, не принимая во внимание другие обстоятельства, что неверно.

Согласно подпункта «е» части 2 статьи 260 УК наказывается деяние, предусмотренное в части 1 той же статьи (незаконное изготовление, производство, приобретение, хранение, перевоз, пересылка и сбыт наркотического средства, его аналога, или прекурсора) совершенное тем, кто в прошлом уже совершал предусмотренное главой о наркотических преступлениях какое-либо преступление. Совершивший деяние, предусмотренное статьей 260, возможно, в прошлом был осужден за наркотическое преступление по неосторожности (наказуемое статьей 269), что выражается в нарушении правил производства, принятия, учёта, дачи, хранения, перевоза, пересылки или ввоза наркотических средств или прекурсора. По подпункту «е» части 2 статьи 260 квалифицирующим обстоятельством может быть и прошлая судимость за преступление по неосторожности, что опять же, с нашей точки зрения, неверно.

³⁹ Zipf/Dölling, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 823, §63 Rn. 161.

Вообще, судимость за преступление по неосторожности не должна вызывать ужесточения наказания, но судимость за совершённое в прошлом преступление по неосторожности в виде исключения всё же может отягчить ответственность, если дело касается, например, повторного совершения транспортного преступления. Значит, за преступление по неосторожности прошлая судимость должна рассматриваться дифференцированно с учётом конкретных случаев.

Проблема обеспечения права обвиняемого на защиту при изменении обвинения, предъявленного обвиняемому судом по приговору

I. Введение

В настоящее время в Республике Армения подходит к завершению работа по разработке проекта Уголовно-процессуального кодекса РА, в процессе которой одним из наиболее спорных вопросов являлась проблема изменения судом предъявленного обвиняемому обвинения по собственной инициативе. В последние восемь лет в действующем Уголовно-процессуальном кодексе РА (далее – Кодекс), концепции нового Уголовно-процессуального кодекса РА (далее – Концепция) и проекте нового Уголовно-процессуального кодекса РА (далее – Проект) были установлены и рассматривались в целях установления все известные уголовно-процессуальному праву возможные пути правового регулирования участия суда в процессе изменения обвинения: институт направления судом уголовного дела на дополнительное предварительное расследование, изменение обвинения Генеральным прокурором на основании ходатайства суда, изменение обвинения судом на основании ходатайства стороны защиты, изменение судом обвинения, если это не нарушает право защиты обвиняемого и не ухудшает его положение в части правовой оценки обвинения судом, в том числе также его изменения в плане устрожения по собственной инициативе.

Однако при рассмотрении моделей изменения обвинения судом была лишена определенного внимания проблема обеспечения права защиты обвиняемого в ходе осуществления судом этих полномочий, что имеет немалое значение. В настоящей работе мы попытаемся исследовать проблему обеспечения как законом, так и Проектом права обвиняемого на защиту при реализации судом указанного полномочия, пытаемся представить недостатки регулирования, установленного действующим Кодексом, и представить предложения в целях совершенствования регулирования, установленного Проектом.

II. Проблемы обеспечения права обвиняемого на защиту при изменении судом обвинения в условиях регулирования, установленного Кодексом

Кодексом отдельно не урегулировано изменение судом обвинения, предъявляемого обвиняемому. Изменение обвинения при вынесении судом приговора регулируется правилами, установленными частью 2 статьи 390 Кодекса. Согласно указанному положению изменение обвинения в ходе судебного разбирательства допускается, если этим не ухудшается положение подсудимого и не нарушается право подсудимого на защиту. То есть, суд при изменении обвинения при вынесении приговора должен руководствоваться следующими правилами:

1. это не должно ухудшать положение подсудимого;
2. не должно нарушаться право подсудимого на защиту.

Два указанных условия предусмотрены почти во всех уголовно-процессуальных кодексах постсоветских государств: частью 2 статьи 325 Уголовно-процессуального кодекса Молдовы, частью 3 статьи 337 Уголовно-процессуального кодекса Украины, частью 2 статьи 415 Уголовно-процессуального кодекса Узбекистана, частью 2 статьи 252 Уголовно-процессуального кодекса РФ, частью 5 статьи 301 Уголовно-процессуального кодекса Беларуси, частью 2 статьи 320 Уголовно-процессуального кодекса Казахстана, частью 2 статьи 285 Уголовно-процессуального кодекса Таджикистана.

Эти жесткие пределы изменения судом обвинения с одной стороны направлены на обеспечение прав и защиту законных интересов обвиняемого, с другой – на возможность вынесения законного и обоснованного вердикта по уголовному делу.² При этом ухудшение положения обвиняемого определяется строгостью обвинения, а нарушение прав обвиняемого на защиту – существенностью изменений, вносимых в обвинение.³

Так, критерием определения недопустимости ухудшения положения подсудимого вследствие изменения обвинения является возникновение для обвиняемого неблагоприятных последствий в сравнении с первичным обвинением. Положение обвиняемого вследствие изменения обвинения ухудшается, если для обвиняемого в сравнении с первичным обвинением возникают неблагоприятные последствия. Таким

¹ Начальник юридического управления Аппарата Национального Собрания РА, преподаватель кафедры уголовного судопроизводства и криминалистики факультета правоведения ЕГУ.

² См. Бравилова Е. А. Пределы судебного разбирательства по УПК РФ // Актуальные проблемы реформирования законодательства и экономики России и стран СНГ – 2002. Материалы Международной научно-практической конференции, 12-13 апреля 2002 г.: В 3 ч./ Под общ. ред. В.А. Киселевой. Юж. Урал. гос. ун-т, Фак. Экономика и право. – Челябинск. 2002, стр. 194:

³ См. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 апреля 1996 г. №1 «О судебном приговоре», Бюллетень Верховного Суда РФ. №7. 1996, стр. 2-8:

образом, суд не правомочен изменять обвинение, предъявленное лицу в ходе предварительного следствия, как по собственной инициативе, так и по ходатайству прокурора или иному основанию устроения обвинения⁴. В результате изменения судом обвинения предъявленное обвиняемому обвинение должно быть либо смягчено, либо не должна быть изменена квалификация деяния, вменяемого обвиняемому. Таким образом, в каждом случае, когда первичное обвинение изменяется на более строгое обвинение, положение обвиняемого ухудшается.

Другое условие изменения обвинения судом – недопустимость нарушения права обвиняемого на защиту, значительная часть юристов-процессуалистов считает уголовно-процессуальным условием, так как оно связано с правом защиты обвиняемого средствами и способами, предусмотренными процессуальным законом⁵. Почти все авторы существенное изменение судом обвинения, то есть, нарушение права обвиняемого на защиту, обуславливают изменением фактических обстоятельств или появлением вновь открывшихся обстоятельств⁶.

Однозначно приемлемо то мнение, что при изменении обвинения право обвиняемого на защиту нарушается, если для опровержения измененного обвинения требуется приобретение новых доказательств или повторная оценка имеющихся в деле доказательств⁷. Согласно другому мнению право обвиняемого на защиту нарушается в том случае, когда изменяются определенные фактические обстоятельства, которые характеризуют признаки состава нового преступления⁸. Нарушение права на защиту имеет место в тех случаях, когда в измененном обвинении выявляются новые и не известные обвиняемому фактические обстоятельства, независимо от обстоятельства, какие элементы преступления они характеризуют, включаются ли они в состав преступления или нет⁹.

Таким образом, недопустимость нарушения права на защиту означает, что суд может заложить в измененное обвинение только фактические обстоятельства, заложенные в основу первичного обвинения, либо изъять из него отдельные фактические обстоятельства. В случае изменения обвинения в части фактического обстоятельства суд не может изменить состав относимых обвиняемому фактических обстоятельств или дополнить его новыми фактическими обстоятельствами. Так, обвиняемый был признан виновным по уголовному делу S¹ (ТД) /0115/01/09 за совершение преступлений, предусмотренных пунктом 6 части 2 статьи 34-104 (за попытку убийства способом, опасным для жизни многих лиц), частью 1 статьи 235, частью 1 статьи 325 Уголовного кодекса РА, однако в формулировке обвинения, предъявленного обвиняемому, не описано и не указано какое-либо фактическое данное, подтверждающее предусмотренный пунктом 6 части 2 статьи 34-104 Уголовного кодекса РА квалифицирующий признак, характеризующий способ, опасный для жизни многих лиц, и наличие этого признака¹⁰. Между тем, для квалификации вменяемого судом обвиняемому деяния согласно пункту 6 статьи 34-104 Уголовного кодекса РА являющийся обязательным элементом данного состава преступления признак – «способ, опасный для жизни многих лиц» – должен был вменяться ему на основе подтверждения определенными фактами, лежащими в основе уголовно-правовой квалификации деяния¹¹.

То есть, суд общей юрисдикции Тавушской области в вынесенном им судебном акте приписал обвиняемому такое имеющее уголовно-правовое значение фактическое обстоятельство – «убийство, совершенное способом, опасным для жизни многих лиц», которое не приписывалось обвиняемому в обвинении, подерживаемом прокурором, грубо нарушив тем самым право обвиняемого на защиту.

Таким образом, если измененные или дополненные судом фактические обстоятельства были исследованы в ходе судебного разбирательства, подтверждаются собранными доказательствами, но не вменялись подсудимому, не ставились прокурором в основу предъявленного ему обвинения, то это означает, что он не имел достаточного времени или средств для их отклонения. При таких обстоятельствах обвиняемый лишается возможности и достаточного времени для того, чтобы всесторонне осознать вменяемое ему деяние, избрать наиболее верную позицию или тактику защиты, либо принять новые меры, представить ходатайства в целях получения дополнительных

⁴ См. пункт 27 постановление Кассационного суда РА по уголовному делу Сурена Ромиковича Акопяна от 5 декабря 2012 года № ԵՉԴ (ԵԿԴ) /0030/01/12.

⁵ См. Бравилова Е.А. Пределы судебного разбирательства: дис. канд. юрид.наук. Екатеринбург, 2004, стр. 162.

⁶ См. Цыпкин А.Л. Судебное разбирательство в советском уголовном процессе. Саратов, 1962, стр. 44, Калашникова Н.Я. Гарантия права обвиняемого на защиту при изменении обвинения и наказания, Москва, 1975. стр. 95, Панов Н.И. Изменение обвинения в стадии судебного разбирательства по новому УПК РСФСР// Новое уголовное и уголовнопроцессуальное законодательство РСФСР/ Под ред. Ф.Н. Фаткуллина. Казань, 1961. стр. 182-187, Резник Г. М. Изменение обвинения в приговоре// Советская юстиция. 1970. №22. стр. 24, Фаткуллин Ф.Н. Обвинение и судебный приговор. Казань. 1965. стр. 214-215.

⁷ См. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ. Постатейный./ Под общ. ред. В.И. Радченко. Москва, 2003. стр. 600.

⁸ См. Фаткуллин Ф.Н. Изменение обвинения. Москва, 1971. стр. 57-58; Калашникова Н.Я. Изменение обвинения в судебных стадиях советского уголовного процесса. Москва, 1977. стр. 92-94.

⁹ См. Мотовиловкер Я.О. Некоторые вопросы теории советского уголовного процесса в свете нового уголовно-процессуального законодательства. Кемерово. 1962. стр. 47,

Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. Москва, 2001. стр. 295.

¹⁰ См. Уголовное дело S¹ (ТД) /0115/01/09, 2-й том, стр. 280.

¹¹ См. Пункт 25 постановления, вынесенного Кассационным судом РА по уголовному делу № S¹ (ТД) /0115/01/09 от 05.11.2010 г. в отношении Аркадия Патвакановича Паляна.

доказательств или смягчения наказания. Изменяя обвинение суд может только снять фактические обстоятельства, заложенные в основу первичного обвинения, или вообще не изменять их состав, однако не может изменять эти фактические обстоятельства или дополнять их новыми.

В постсоветском правоведении превалирует точка зрения, согласно которой нарушение права обвиняемого на защиту всегда взаимосвязано с изменением фактических обстоятельств дела¹². Думаем, однако, что нарушение права обвиняемого на защиту возможно не только в тех случаях, когда изменяются заложенные в основу обвинения фактические обстоятельства, но и в тех случаях, когда изменяется юридическая квалификация деяния.

По настоящему вопросу необходимо подробное изучение прецедентной практики Европейского Суда. Согласно Европейскому Суду элементы обвинения играют решающую роль в уголовном судопроизводстве, с момента их передачи обвиняемое лицо считается официально и в письменной форме уведомленным о фактических и правовых основаниях предъявленного ему обвинения¹³. Обвиняемый должен иметь право ознакомиться не только с материальными фактами, ставшими поводом для обвинения, но и с правовой квалификацией этих фактов¹⁴. То есть, подробная осведомленность относительно характера и оснований обвинения включает в себя как круг вменяемых обвиняемому фактических обстоятельств, так и их правовую оценку.

При этом указанное право обвиняемого является важным предварительным условием права на справедливое судебное разбирательство, предусмотренное пунктом 1 статьи 6 Европейской конвенции «О защите права и основных свобод человека»¹⁵ и должно рассматриваться в свете организации обвиняемым своей защиты¹⁶.

Европейский Суд детально рассмотрел вопрос о недопустимости нарушения права обвиняемого на защиту при изменении судом правовой оценки обви-

нения в деле Матеи против Франции¹⁷. По этому делу Матеи впервые был осужден судом первой инстанции на четыре года лишения свободы в 2000 г. за совершение террористических действий и попытку вымогательства, связанную с осуществлением террористической деятельности. Указанный судебный акт был обжалован в апелляционный суд, который перекалвалифицировал действия Матеи как подстрекательство и содействие попытке вымогательства, подстрекательство к участию в организованном судебном процессе в целях осуществления террористических действий, осудив его на три года лишения свободы. Тем не менее, Матеи обжаловал указанный судебный акт в кассационный суд, отметив, что вследствие перекалфикации деяния нарушено его право на защиту, а после отклонения обращения подал жалобу в Европейский Суд.

Европейский Суд при выснесении вопроса, нарушено ли по указанному делу право Матеи на защиту, отметил, что хотя в судебном акте суда первой инстанции и рассматривалась возможность квалификации действий Матеи в качестве подстрекательства и содействия попытке вымогательства, однако в ходе исследования дела подстрекательству и содействию не была дана какая-либо уголовно-правовая оценка. Следовательно, никоим образом нельзя считать подтвержденным то, что Матеи мог осознавать возможность квалификации своих действий в качестве подстрекательства к соучастию в преступлении.

Следовательно, было бы логичным предполагать, что в сравнении с первичным обвинением тактика защиты заявителя по измененному обвинению была бы иной. Согласно Европейскому Суду вердикт, вынесенный кассационным судом, был более мягким, чем вердикт суда первой инстанции, однако, имело место вмешательство в право заявителя, иметь достаточное время и возможность для подробного осведомления о характере и основаниях предъявленного ему обвинения и подготовки к защите¹⁸.

Таким образом, по указанному делу Европейский Суд отметил факт нарушения права обвиняемого на защиту вследствие изменения судом обвинения, что, однако, имело место не по причине изменения или дополнения фактических обстоятельств, заложенных в основу обвинения, а заключалось в том, что в случае измененной юридической квалификации тактика и стратегия стороны защиты были бы иными.

Следовательно, нарушение права обвиняемого на защиту имеет место в тех случаях, когда в рамках одинаковых фактических обстоятельств судом изменяется юридическая квалификация деяния и

¹² См. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / Отв. ред. Петрухин И.Л. Москва, 2002. стр.337, Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу. Постатейный/ Под общ. ред. В.И. Радченко. Москва., 2003. стр. 600.

¹³ См. Постановление Европейского Суда от 19 декабря 1989 г. по делу Камасински против Австрии.

¹⁴ См. Постановление Европейского Суда от 25 апреля 1999 г. По делу Пелисьен и Сасси против Франции, Постановление Европейского Суда от 1 марта 2001г. По делу Даллос против Венгрии.

¹⁵ См. Постановление Европейского Суда от 26 февраля 1980 г. по делу Деверн против Бельгии, Постановление Европейского Суда от 13 мая 1980 г. по делу Артико против Италии, Постановление Европейского Суда от 9 апреля 1984 г. по делу Годдо против Италии, Постановление Европейского Суда от 12 февраля 1985 г. по делу Колоцца против Италии.

¹⁶ См. Постановление Европейского Суда от 25 апреля 1999 г. по делу Пелисье и Сасси против Франции, Постановление Европейского Суда от 20 сентября 2001г. по делу Лакатос против Венгрии.

¹⁷ См. Постановление Европейского Суда от 12 декабря 2006 г. по делу Матеи против Франции.

¹⁸ См. Постановление Европейского Суда от 12 декабря 2006 г. по делу Матеи против Франции.

обвиняемый не имеет возможность защиты от измененного обвинения. Точное и полное извещение судом обвиняемого о возможной правовой квалификации является существенным предварительным условием справедливого судебного разбирательства¹⁹.

Европейский Суд подтвердил данную позицию в ряде своих постановлений²⁰. По делу Садак и другие против Турции Европейский Суд, проанализировав состав преступления по первичному обвинению (угроза целостности государства) и состав преступления по измененному обвинению (принадлежность к незаконной вооруженной организации), отметил, что ни одно из них не являлось органичным элементом другого. Таким образом, Европейский Суд заключил, что суд Турции при использовании своего права на изменение квалификации фактов обязан был предоставить стороне защиты достаточное время для подготовки эффективной защиты против нового обвинения. Следовательно, заявители не имели в достаточной мере возможность предвидеть, что первичное обвинение, предъявленное в связи с предательством, угрожающим целостности государства, может быть изменено на иное обвинение.

Европейский суд вновь подтвердил свою выраженную в предыдущем постановлении правовую позицию относительно того, что право обвиняемого на защиту нарушается в том случае, когда судом изменяется юридическая квалификация деяния в рамках одного и того же фактического обстоятельства и обвиняемый не имеет возможности защиты от измененного обвинения. Одновременно Европейский Суд указал, что такое нарушение имеет место, если составы преступления по первичному обвинению и измененные по измененному обвинению, являются органично различными, то есть, когда измененное обвинение не составляет часть первичного обвинения²¹.

Из совмещенного анализа указанных постановлений Европейского Суда следует, что в случае изменения судом правовой стороны обвинения в рамках одних и тех же фактических обстоятельств право лица на защиту нарушается, если:

- 1) обвиняемый не предвидит возможности изменения судом правовой оценки обвинения, или
- 2) обвиняемый не может своевременно и эффек-

тивно отреагировать на это, изменив при необходимости тактику своей защиты.

Таким образом, нарушение права обвиняемого на защиту возможно не только в том случае, когда изменятся заложенные в основу обвинения фактические обстоятельства, но и когда изменяется юридическая квалификация деяния. Следовательно, нарушение права на защиту может происходить как вследствие изменения фактических обстоятельств, так и возникнуть в результате изменения юридической квалификации деяния. Недопустимость нарушения права обвиняемого на защиту не соблюдается в тех случаях, когда обвиняемый при изменении правовых и фактических обстоятельств лишается средств защиты, предусмотренных уголовно-процессуальным законом²². Таким образом, изменение обвинения, предъявляемого обвиняемому судом согласно действующему уголовно-процессуальному кодексу, допустимо, если в результате этого одновременно:

1. предъявленное ему обвинение не изменяется на более строгое обвинение (условие недопустимости ухудшения положения обвиняемого);
2. в основу обвинения не включаются такие фактические обстоятельства, которые не были заложены в основу предъявленного ему обвинения (первое условие недопустимости нарушения права обвиняемого на защиту);
3. при изменении юридической стороны обвинения в рамках одних и тех же фактических обстоятельств обвиняемый не может предвидеть возможности такого изменения судом правовой оценки обвинения и не может своевременно и эффективно отреагировать на него (второе условие недопустимости нарушения права обвиняемого на защиту).

При этом, в процессе изменения судом обвинения согласно установленному действующим кодексом регулированию наиболее проблематичным является соблюдение третьего условия, так как не установлен какой-либо механизм, посредством которого суд может вместе со сторонами судопроизводства обсудить возможность применения к фактическим обстоятельствам иной уголовно-правовой нормы, при которой обвиняемый не может предвидеть возможность подобного изменения судом правовой оценки обвинения и, следовательно, не может своевременно и эффективно отреагировать на это.

Такое регулирование установлено Уголовно-процессуальным кодексом Германии. Согласно статье 265 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ обвиняемый не может быть осужден по той норме уголовного закона, которая не указана в обвинении, принятом судебным разбирательством, за исключением

¹⁹ См. Постановление Европейского Суда от 25 апреля 1999 г. по делу Пелисье и Сасси против Франции.

²⁰ См. Постановление Европейского суда от 25 сентября 2008 г. по делу Селиверстова против России, Постановление Европейского суда от 25 июля 2005 г. по делу Маточ против Италии, Постановление Европейского суда от 1 марта 2001 г. по делу Даллос против Венгрии, Постановление Европейского суда от 10 июля 2002 г. по делу Сипависиус против Литвы, Постановление Европейского суда от 17 июля 2001 г. по делу Садак и другие против Турции, Постановление Европейского суда от 6 июня 2002 г. по делу Фельдман против Франции.

²¹ См. Постановление Европейского суда от 17 июля 2001 г. по делу Садак и другие против Турции.

²² См. Бравилова Е.А. Пределы судебного разбирательства: Дис. канд. юрид.наук Екатеринбург, 2004. стр. 139.

случаев, когда он предварительно был осведомлен о возможности изменения обвинения, и ему была предоставлена возможность защиты от обвинения. Лицо должно быть уведомлено об изменении обвинения также в тех случаях, когда применяется более мягкая уголовно-правовая норма²³. Схожее регулирование установлено также уголовно-процессуальными канонами Англии: суд может по своей инициативе вносить изменения в обвинение, однако до этого он обязан предоставить сторонам возможность изложить свое мнение относительно вносимых изменений²⁴.

Отсутствие такого механизма в действующем Кодексе часто приводит к нарушению права обвиняемого на защиту. Например, 19 сентября 2012 года Арман Айвазян был привлечен в качестве обвиняемого по части 1 статьи 308 УК РА (злоупотребление должностными полномочиями). 27 июня 2013 года по приговору суда первой инстанции вменяемое ему деяние было переклассифицировано с части 1 статьи 308 УК РА на часть 1 статьи 315 УК РА и обвиняемый был признан виновным по этой части (должностная небрежность). Однако ни на одном этапе, предшествующем вынесению приговора ни прокурором, ни судом никоим образом не рассматривалась возможность изменения вменяемого обвиняемому деяния с злоупотребления должностными полномочиями на должностную небрежность, и обвиняемый не имел возможности предвидеть такое развитие ситуации и своевременно и эффективно отреагировать на это²⁵.

Или, по уголовному делу S¹ (ТД) /0017/01/09 суд изменил обвинение, предъявленное по пункту 4 части 4 статьи 311 Уголовного кодекса РА (получение взятки) на пункт 3 части 2 статьи 178 Уголовного кодекса РА (мошенничество). По этому делу также ни на одном этапе, предшествующем вынесению приговора, ни прокурором, ни судом никоим образом не рассматривалась возможность изменения вменяемого обвиняемому деяния с получения взятки на мошенничество и, следовательно, обвиняемый был лишен возможности предвидеть такое развитие ситуации и своевременно и эффективно отреагировать на это²⁶.

Однако право обвиняемого на защиту не нарушается, когда между первичным и измененным обвинениями действует принцип поглощения. Например, суд своим приговором по уголовному делу ԵԱԴԴ (ԵԱԴԴ) /0033/01/13 заменил предъявленное обвиняемому обвинение по пункту 3 части 2 статьи 179 на обвинение по части 1 статьи 179 Уголовного кодекса РА, отме-

тив, что в результате изменения обвинения право подсудимого на защиту не нарушено, так как факты по делу одинаковы, а подсудимый и в ходе предварительного следствия, и в ходе судебного разбирательства имел возможность защищаться против предъявленного ему обвинения в совершении хищения в крупных размерах²⁷.

Еще по одному уголовному делу – ԵԱԴԴ (ԵԱԴԴ) 0171/01/09 суд заменил предъявляемое обвиняемому обвинение по пункту 1 части 3 статьи 177 (хищение, совершенное в особо крупных размерах) на пункт 2 части 2 статьи 177 (хищение, совершенное в крупных размерах) Уголовного кодекса РА²⁸. Хотя судом по указанным делам не обсуждался отдельно вопрос об изменении правовой оценки обвинения в процессуальном отношении, однако, исходя из того обстоятельства, что хищение в крупных размерах является органичным элементом хищения в особо крупных размерах, право обвиняемого на защиту не было нарушено.

При таких обстоятельствах действует так называемый принцип поглощения, когда обвинение, содержащее квалификационные признаки состава преступления, включает простое («номинальное») и подобное ему обвинение²⁹. То есть, защита от правовой оценки первичного обвинения включает также защиту от ее органичной части. Схожая правовая позиция была выражена также Европейским Судом³⁰.

Таким образом, Кодекс, наделив суд полномочием на изменение по своей инициативе обвинения, предъявленного обвиняемому, не предусмотрел какой-либо правовой процедуры, в рамках которой суд может вместе со сторонами судопроизводства обсудить возможность применения к фактическим обстоятельствам иной уголовно-правовой нормы. В подобных условиях суд не может каким-либо образом рассматривать этот вопрос до вынесения приговора, обращаясь к нему только в окончательном судебном акте.

Исходя из вышеизложенного, возникновение в уголовном судопроизводстве РА нарушений прав обвиняемого на защиту при изменении судом обвинения имеет объективные причины, так как в значительной мере обусловлено несовершенством действующего Кодекса. Фактически в каждом случае, когда суд изменяет правовую квалификацию деяния обвиняемого, нарушается право обвиняемого на защиту, за исключением случаев, когда правовая оценка первичного обвинения поглощает правовую оценку изменен-

²³ См. Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ: Учебник, 6-е изд., с доп. и изм. Красноярск, 2004. стр. 221-222.

²⁴ См. Уолкер Р. Английская судебная система. Москва, 1980. стр. 495-496.

²⁵ См. Приговор суда общей инстанции Арагатской и Вайоц-Дзорской областей от 07.06.2013 г. по уголовному делу ԱԿԴ (ԱՎԴ) /0060/01/12.

²⁶ См. Приговор суда общей инстанции Тавушской области от 14 августа 2009 г. по уголовному делу S¹ (ТД) /0017/01/09.

²⁷ См. Приговор, вынесенный судом общей инстанции административных районов Ачапняк и Давидашен Еревана от 14 октября 2013 г. по уголовному делу ԵԱԴԴ (ԵԱԴԴ) /0033/01/13.

²⁸ См. Приговор, вынесенный судом общей инстанции административных районов Арабкир и Канакер-Зейтун от 21 июня 2010 г. по уголовному делу ԵԱԴԴ (ԵԱԴԴ) 0171/01/09.

²⁹ Пункт 8.24 Концепции.

³⁰ См. Постановление Европейского суда от 17 июля 2001 г. по делу Садак и другие против Турции.

ного обвинения. Следовательно, рассматриваемый институт не урегулирован в достаточной мере таким образом, чтобы было обеспечено право обвиняемого на защиту.

III. Проблемы обеспечения права обвиняемого на защиту при изменении обвинения судом первой инстанции в условиях регулирования, установленного Проектом.

Согласно части 1 статьи 283 Проекта суд во всех случаях ограничен фактическими обстоятельствами, заложенными в основу обвинения, предъявленного обвиняемому, а правовой оценкой вменяемых фактических обстоятельств (деянию) – только в том случае, когда вопрос различающихся юридических оценок не стал для сторон предметом рассмотрения в рамках надлежащей правовой процедуры. То есть, согласно Проекту суд обременен рамками фактических обстоятельств обвинения, которые суд может изменять или дополнять. Суд может изменять факты только путем изъятия отдельных фактических обстоятельств из объема обвинения. Следовательно, в этой части Проект сохранил условие допустимости изменения обвинения действующего Уголовно-процессуального кодекса РА, проанализированное в рамках настоящей статьи.

Согласно части 4 статьи 284 Проекта при вынесении вердикта суд, не выходя из рамок, заложенных в основу обвинения фактических обстоятельств, может с соблюдением установленных настоящим Кодексом условий, давать им иную правовую оценку, а также изымать из объема обвинения вменяемые обвиняемому отдельные деяния. Согласно установленному Проектом регулированию, если суд в результате исследования в совещательной комнате доказательств, подтверждающих совершенное обвиняемым деяние, приходит к заключению, что, например, юридическая оценка вменяемого обвиняемому деяния является не грабежом, как это ему было предъявлено в обвинении, а разбоем, то он обязан изменить обвинение, вынося обвинительный приговор за совершение разбоя.

Однако полномочие на использование судом материальной нормы по своему усмотрению и в плане устрожения, и в плане смягчения, может применяться только в том случае, если вопрос отличающейся правовой оценки стал предметом обсуждения для сторон в рамках надлежащей правовой процедуры. Суд не может применять оценку, отличающуюся от правовой оценки, данной в обвинении, если предварительно не обсудил ее со сторонами судопроизводства. Таким образом, суд до вынесения приговора должен предварительно обсудить со сторонами судопроизводства вопрос применения и толкования применяемой

им материальной нормы, если она отличается от указанной нормы. Суд не может применять иную норму, отличающуюся от указанной в обвинении уголовной нормы, ее соответствующей части или пункта, если она предварительно не обсуждена со сторонами судопроизводства. Те же правила касаются также тех случаев, когда квалификация деяния вследствие изменения обвинения остается той же, однако изменяется диспозиция состава преступления, то есть, изменяется содержание признаков преступления и описание действий, вменяемых обвиняемому. В противном случае суд обременяется правовыми оценками, представленными стороной обвинения.

Установление таких условий для осуществления судом полномочия по изменению обвинения в части правовой оценки является не самоцелью, а обусловлено необходимостью обеспечения права обвиняемого на защиту, которое следует из прецедентной практики Европейского Суда³¹, исследованной в рамках настоящей работы. То есть, целью предусмотренной указанной нормы является устранение того имеющегося в действующем Кодексе законодательного упущения, вследствие которого суд не имеет какого-либо правового механизма для обсуждения со сторонами судопроизводства возможности применения к имеющимся в деле фактическим обстоятельствам иной уголовно-правовой нормы. Для обеспечения применения этого правила Проект в качестве существенного нарушения уголовно-процессуального закона и обязательного условия отмены судебного акта предусмотрел изменение судом правовой оценки обвинения без того, чтобы сделать этот вопрос предметом обсуждения для сторон в рамках надлежащей правовой процедуры. То есть, при любых обстоятельствах, если суд каким-либо образом изменяет правовую оценку обвинения, он обязан предварительно обсудить этот вопрос в порядке, установленном Кодексом. В противном случае вынесенный судом судебный акт подлежит обязательной отмене.

В хронологическом аспекте суд может обсуждать со сторонами вопрос отличающейся правовой оценки дважды. В первый раз суд может использовать это свое полномочие в конце заключительных выступлений – до заключительного заявления обвиняемого и удаления в отдельную комнату для вынесения вердикта. Во второй раз – согласно части 2 статьи 349 Проекта – после удаления в отдельную комнату для вынесения вердикта, когда суд, сочтя, что необхо-

³¹ См. Постановление Европейского суда от 25 сентября 2008 г. по делу Селиверстова против России, Постановление Европейского суда от 25 июля 2005 г. по делу Маточ против Италии, Постановление Европейского суда от 1 марта 2001 г. по делу Даллос против Венгрии, Постановление Европейского суда от 10 июля 2002 г. по делу Сипависиус против Литвы, Постановление Европейского суда от 17 июля 2001 г. по делу Садак и другие против Турции.

димо сделать предметом обсуждения со сторонами какой-либо вопрос, касающийся применения или толкования закона, выносит решение о возобновлении заключительных выступлений. Таким образом, в отличие от действующего Кодекса Проектом устанавливается правовой механизм, посредством которого суд может обсудить со сторонами вопрос изменения юридической оценки обвинения. Как уже отмечалось, настоящий механизм направлен на обеспечение права обвиняемого на защиту, которое согласно прецедентным решениям Европейского суда должно включать:

- 1) возможность обвиняемого предвидеть такое изменение судом юридической оценки обвинения;
- 2) возможность обвиняемого своевременно и эффективно реагировать на это, при необходимости изменив свою тактику по защите.

Следовательно, надо уяснить, обеспечены ли при обсуждении судом со сторонами судопроизводства отличающейся юридической оценки эти две названные гарантии защиты обвиняемого?

В связи с этим вновь обратимся к рассмотренному в рамках настоящей работы уголовному делу ԱԿԴ (АВД) /0060/01/12. По указанному уголовному делу суд предъявленное подсудимому обвинение переквалифицировал приговором с части 1 статьи 308 УК РА на часть 1 статьи 315 УК РА, признав его виновным по части 1 статьи 315 УК РА (должностная небрежность). При таком регулировании суд в ходе заключительных выступлений или после удаления в совещательную комнату для вынесения вердикта должен обсудить со сторонами, применима ли к указанным в обвинении фактическим обстоятельствам не статья 308, а статья 315 Уголовного кодекса РА, созывая при необходимости отдельное совещание³².

Вне сомнения, при рассмотрении судом вопроса отличающейся юридической оценки по этому делу сторона защиты может предвидеть возможность изменения правовой оценки обвинения. Однако, соблюдается ли в данном случае второе условие? То есть, может ли сторона защиты своевременно и эффективно отреагировать на это, изменив при необходимости свою защитную тактику? Проектом не предусмотрена возможность предоставления стороной защиты в указанных случаях дополнительных доказательств в целях опровержения отличающейся юридической оценки или реакции на нее каким-либо иным образом. Проектом также не предусмотрено, может ли сторона защиты в этом случае ходатайствовать перед судом об откладывании рассмотрения дела для изменения своей тактики в отношении отличающейся правовой оценки. Единственным способом, посредством кото-

рого сторона защиты может отреагировать в указанном случае, является представление суду письменного мнения относительно применения закона, то есть относительно измененной правовой оценки обвинения.

В этом аспекте необходимо вновь обратиться к постановлению Европейского суда по делу Садак против Турции. Подсудимые по этому делу обвинялись в причинении вреда целостности государства и осуществлении пропаганды сепаратизма, однако в день оглашения приговора суд предложил им подготовиться к новому обвинению – в принадлежности к незаконной вооруженной группировке.

Одновременно суд отклонил ходатайства о предоставлении дополнительного времени для подготовки защиты от нового обвинения заявителей, которые настаивали, что они не имеют возможности адекватной защиты от нового обвинения и представления новых доказательств. Европейский суд по этому делу заключил, что суд Турции при использовании своих непреложных полномочий был обязан предоставить стороне защиты достаточное время для подготовки эффективной защиты от нового обвинения³³. То есть, из анализа указанного постановления следует, что возможность только предвидения стороной защиты изменения правовой оценки обвинения недостаточно для фиксации отсутствия нарушения права на защиту. Сторона защиты должна иметь также необходимое время и возможность для реагирования на это.

По указанному делу стороне защиты по ее ходатайству должна была быть предоставлена возможность принесения необходимых доказательств и аргументов для опровержения состава преступления, предусмотренного статьей 315, так как изменение не составляло органичную часть статьи 308. То есть, если суд рассматривает вопрос отличающейся правовой оценки, то он должен спросить у стороны защиты, желает ли последняя предоставить дополнительные доказательства или аргументы в целях опровержения такой оценки или желает ли отложить рассмотрение дела вследствие возникновения необходимости изменения своей защитной тактики? Следовательно, направление судом сторонам судопроизводства вопросов относительно применения или толкования закона, либо проведение в связи с этим отдельного совещания с участием прокурора, защитника и представителя пострадавшего само по себе недостаточно для обеспечения права обвиняемого на защиту. В дополнение к указанному регулированию в Проекте следует установить, что суд при рассмотрении вопроса отличающейся юридической оценки должен в случае желания стороны защиты отложить судебное за-

³² См. Приговор суда общей инстанции Араратской и Вайоц-Дзорской областей от 07.06.2013 г. по уголовному делу ԱԿԴ (АВД) /0060/01/12.

³³ См. Постановление Европейского суда от 17 июля 2001 г. по делу Садак и другие против Турции.

седание, предоставив ей возможность предпринять новые способы защиты.

Как уже отмечалось, согласно Проекту суд при изменении правовой оценки обвинения при каждом обстоятельстве обязан предварительно обсудить это с сторонами судопроизводства. Это относится также к тем случаям, когда действует принцип поглощения, когда обвинение, носящее квалификационные признаки состава преступления, включает в себя простое (“номинальное”) обвинение.

В рамках настоящей работы уже анализировалось уголовное дело ԵԱԿԴ (ЕАКД) 0171/01/09, в ходе которого суд изменил предъявленное обвиняемому обвинение с пункта 1 части 3 статьи 177 (кража, совершенная в особо крупных размерах) на пункт 2 части 2 статьи 177 (кража, совершенная в крупных размерах) Уголовного кодекса РА³⁴. Хотя и в этом случае суд не обсуждал каким-либо образом вопрос изменения юридической оценки, однако, так как хищение в крупных размерах являлось органичным элементом хищения в особо крупных размерах, нами было аргументировано отсутствие нарушения права на защиту.

Однако, согласно Проекту в указанном случае суд должен сделать вопрос отличающейся юридической оценки предметом обсуждения со сторонами судопроизводства. Думаем, что не следует обсуждать возможное изменение обвинения, так как в случае изменения судом обвинения право обвиняемого на защиту не нарушается, так как защита обвиняемого, который обвиняется в совершении кражи в особо крупных размерах, включает также защиту от совершения кражи в крупных размерах. Отмеченное относится ко всем тем случаям, когда юридическая оценка по первичному обвинению включает юридическое обвинение по измененному обвинению. Здесь нет необходимости предусматривать обязательность обсуждения вопроса отличающейся юридической оценки, и суд должен быть правомочен изменять юридическую оценку обвинения без обсуждения со стороной защиты. Схожую правовую позицию выразил также Европейский суд³⁵. Следовательно, в части 1 статьи 283 Проекта необходимо предусмотреть исключение для тех случаев, когда отличающаяся правовая оценка вменяемым фактическим обстоятельствам (деяниям) является частью правовой оценки.

IV. Заключение

Подводя итоги вышеизложенного следует отметить, что установленное Кодексом регулирование недостаточно для обеспечения права обвиняемого на защиту при изменении судом обвинения. Одновременно, установленное Проектом регулирование в сравнении с регулированием, установленным Кодексом являясь продвижением на несколько шагов вперед, все еще не гарантируют в достаточной мере полноценную реализацию права обвиняемого на защиту. Таким образом, при изменении обвинения судом первой инстанции обеспечение права обвиняемого на защиту требует, чтобы:

1. в основу обвинения не включались такие фактические обстоятельства, которые не были заложены в основе предъявленного ему обвинения;
2. обвиняемый при изменении юридической стороны обвинения мог предвидеть возможность такого изменения судом правовой оценки обвинения;
3. обвиняемый мог своевременно и эффективным образом отреагировать на это изменение.

³⁴ См. Приговор, вынесенный судом общей инстанции административных районов Арабкир и Канакер-Зейтун от 21 июня 2010 г. по уголовному делу ԵԱԿԴ (ЕАКД) 0171/01/09.

³⁵ См. Постановление Европейского суда от 17 июля 2001 г. по делу Садак и другие против Турции.

Оценка свидетелей во время судебного разбирательства по уголовным делам: достоверность лица и заслуживающие доверие свидетельские показания

I. Введение

Свидетельским показаниям и присужденной им функции в уголовном процессе не соразмерно обязательное применение психологических и психиатрических методов дознания и соответственно оправдан определенный скепсис по отношению к результатам применения этих методов, поскольку человеческие показания по большому счету лишены однозначной устанавливаемости. Любые методы здесь бесполезны. Поскольку, если даже возможно установить и исследовать мотивы, положенные в основу свидетельских показаний, тем не менее недостижимой остается внутренняя свобода свидетеля, сказать правду, или вымысел. В этой пограничной области, которая в то же время является областью неприкосновенного достоинства человека, стоят лицом к лицу свидетель с одной стороны и судья, прокурор и судебный эксперт с другой стороны как обычные люди, и этим последним ничего не остается другого, как либо сомневаться в его показаниях, либо положиться на то, что свидетель заслуживает доверия и показания его правдивы.

Однако: правовая система, установление истины в которой является наивысшей и абсолютной целью уголовного судопроизводства и которая вследствие этого не нуждается в предусмотрении индивидуальных интересов, может считать допустимым общее вмешательство в личную защищенную сферу тех, кто в рамках выполнения гражданских обязанностей должен давать свидетельские показания. Общее подвержение свидетелей психологически-психиатрическим исследованиям достоверности может быть обосновано как жертвоприношение отправлению справедливого и правдивого правосудия. Данные сложные взаимоотношения и являются предметом исследования настоящей статьи.

II. Функция и задачи свидетелей в уголовном судебном разбирательстве

Любой человек, который привлекается к судопроизводству, может быть допрошен в качестве свидетеля, что предписывается любым уголовно-процессуальным кодексом.² Как правило, свидетель должен выполнить три обязательства: явиться в суд, дать показания и присягнуть за правильность даваемых им показаний.

Само обязательство явки в суд может ставить самые весомые требования свидетелю, а обязанность дачи показаний и присяги может содержать в себе определенные сложности.³ После разъяснения свидетелю его обязанностей о даче верных показаний, после объяснения значимости присяги и уголовно-правовых последствий в случае неправильной и неполной дачи им показаний, но, в крайнем случае, произнося слова во время присяги: «Клянусь Всевышним и Всезнающим, говорить правду и ничего, кроме правды, ничего, при этом, не скрывая», свидетель осознает важность собственной роли в судопроизводстве, то, насколько высоки требования, предъявляемые к его личности, с тем, чтобы дать перед судом показания такой доказательной силы, в которых нуждается судья. Ибо судья и принятие решения порой очень сильно зависят от свидетелей и их воли и готовности, принимать участие в процессе. Неспроста разъяснения прав и обязанностей свидетелей подробно предписаны, а дословное значение формулы присяги четко сформулировано. Значение свидетельских показаний отображается, в том числе, и на величине уголовных санкций: как правило, лжеприсяга карается лишением свободы. Та же самая участь постигает и свидетелей, дающих ложные показания без присяги.

Это действительно непростая задача, покидая роль частного наблюдателя, оказаться в самом центре процесса и быть способным оказать влияние на судьбу подсудимого и большинство свидетелей, в том числе, дети и подростковые свидетели, хорошо понимают серьезность стоящей перед ними задачи. Нередко свидетель не хочет иметь ничего общего с делом, по которому ему приходится давать показания, не только потому, что это требует от него больших временных затрат, но и потому, что у него возникает определенный внутренний конфликт ввиду обязанности дачи правильных показаний.⁴

¹ Судья Федерального суда Германии по социальным делам, находящегося в г. Кассель; главный редактор настоящего журнала

² Ср. Фон Хиппель, Уголовный процесс Германии, стр. 59 f.; Linklaters, Criminal Law, стр. 124.

³ Так Мюллер-Лукман, Достоверность, стр. 10 f.; Хельдрим, Психология и техника допроса, стр. 205 ff.

⁴ Хельдрим, Психология и техника допроса, стр. 207.

III. Право отказа от дачи показаний и предоставления информации

Национальные уголовно-процессуальные кодексы учитывают определенную, четко разграничиваемую сферу интимности и доверия, предоставляя членам семьи и представителям определенных профессий право отказа от дачи показаний.

Право членов семьи на отказ от дачи показаний признается без ограничения; любой член семьи, называющий наличие данного обстоятельства, не обязан дополнительно оправдываться перед судом за недачу показаний. Наоборот, судья даже обязан предотвратить обоснование свидетелем свой отказ от дачи показаний. Даже в том случае, если он заявит о причинах отказа им от дачи свидетельских показаний, судья не вправе использовать эти объяснения при принятии им решения. Опасность того, что лицо, уполномоченное в отказе от дачи свидетельских показаний, даст показания только из-за того, чтобы развеять предположение о наличии мотивов, либо даже даст ложные показания с целью создания разгрузки члена своей семьи, несравненно велика, поскольку свидетель нередко предполагает, что отказ от дачи свидетельских показаний может быть оценен судом как отягчающее обстоятельство.⁵ Свидетель должен полагаться на то, что судья не воспримет и не оценит его отказ от дачи свидетельских показаний ни положительно, ни отрицательно.

IV. Присяга как основа достоверности свидетеля

Как правило, свидетель должен дать присягу во время уголовного судопроизводства, что он клянется «добросовестно говорить чистую правду и ничего, кроме правды, ничего не скрывая». Как правило, судья должен больше доверять дающему под присягой показания свидетелю. Достоверность свидетеля должна подтверждаться присягой, это значит, что свидетель должен «доказать» или показать, что он дает серьезные и честные показания. Клятва является единственным процессуально предусмотренным средством проверки достоверности показаний свидетелей. В том случае, если свидетель никак не может содействовать выяснению фактических обстоятельств дела, судья должен предотвратить дачу бесцельной и бессмысленной присяги, которая в этом случае представляется чистой формальностью.⁶ Подобная процедура может только причинить вред репутации присяги.

Смыслом присяги является то, что достоверный и осознающий значение присяги и своих действий свидетель «доказывает» с дачей присяги, что он понимает всю серьезность даваемых им показаний. Если же, как в большинстве предписанных и допущенных законом случаев существуют определенные сомнения к достоверности, то, в таком случае, отпадает необходимость дачи присяги.

V. Пределы значимости свидетельских показаний

В специальной литературе⁷ свидетель называется «расширенным глазом» судьи, ибо он имеет задачу, сообщить на главном уголовном судебном заседании о том, что и как он воспринял. Сделанные свидетелем фактические наблюдения необходимо максимально четко и точно передать суду, с тем, чтобы суд смог обосновать определение фактических обстоятельств дела. Однако, общеизвестно, что человеческий разум подчас воспринимает реальность искаженно, что восприятие правды различно у разных людей и насколько что не так просто, передать точными словами даже самое острое и осознанное наблюдение. Скептическое отношение к свидетельским показаниям приобрело все более усилилось с развитием экспериментально ориентированной психологии дачи свидетельских показаний.⁸

Довольно сомнительно то обстоятельство, что человеческое восприятие и показания всегда обуславливаются пониманием смысла, которое способно различить важное от второстепенного. Как правило, свидетель в состоянии правильно воспринять и передать смысл какого-либо действия или события. Предпосылкой понимания смысла однако являются простые, основанные на опыте и обычаях выводы. В корне неверно, ожидать от свидетелей точной передачи отдельных фаз взаимосвязанных действий и событий, вместо того, чтобы – как это соответствует понятному представлению – ожидать от него передачи своего знания в качестве единого целого. Свидетельские показания подвергаются опасности искажения не только из-за слабостей или ошибок восприятия, воспоминаний или их передачи, а еще более из-за сознательной подтасовки фактов и осознанной лжи. Рост и объем преступности из-за лжеприсяги и дачи ложных показаний могут дать нам определенное представление об этой опасности.⁹

⁵ Шварц, Экспертная деятельность, стр. 75; Штерн, Психология показаний, стр. 16.

⁶ Форстер, Criminal Law, стр. 305.

⁷ Штерн, Психология показаний, стр. 18; Фон Хиппель, Уголовный процесс Германии, стр. 62; Хельдрим, Психология и техника допроса, стр. 209.

⁸ См. Веллек, Психология, стр. 34; Линклатерс, Criminal Law, стр. 126.

⁹ Статистика у Форстера, Criminal Law, стр. 307.

VI. Средство допроса свидетелей

В том случае, если судья хочет обосновать установление фактических обстоятельств дела свидетельскими показаниями, он должен допросить его во время уголовного судебного разбирательства. При наличии свидетеля должно создать всем участникам процесса, а в особенности, суду непосредственное впечатление о личности допрашиваемого свидетеля. Допрос осуществляется непосредственно судьей, который вправе самостоятельно управлять этим процессом в рамках уголовно-процессуального кодекса. Искусство судейского допроса порой предreshает исход процесса, ценность и пригодность свидетельских показаний. Техника допроса или владение «системой допроса» могут быть очень полезными, и помогать, в особенности, во время допроса лживых свидетелей. Тут необходимы определенные знания, жизненный опыт и способность к готовности общения с любым свидетелем, чтобы он сумел каким-то образом доложить суду о том, что он знает, что слышал и что видел. Судья должен всячески стараться поставить свидетеля на правильный путь и, используя атмосферу уголовного процесса, воспользоваться всеми методами воздействия, порой запугивая, выводя из терпения и вызывая свидетеля на диалог с ним.

Допрос по существу дела является стержнем сбора доказательств в виде свидетельских показаний. Взаимосвязанное описание, которое должен дать свидетель по делу, должно быть максимально вероятным и непротиворечивым, с тем, чтобы быть достоверным. Неправдоподобная цепь обстоятельств может оказаться соответствующей исторической действительности, а кажущиеся противоречия в показаниях – результатом произвольной неполноценности передачи.¹⁰ Право ставить вопросы в соответствии с обязанностью судьи, получить как можно больше информации по делу, помогает порой заполнить пробелы в показаниях в свидетельских показаниях или же точно указать о них.

Во время осуществляемого допроса и сбора доказательств судья должен в целом собрать много важных пунктов в пользу или против достоверности свидетеля. Он может дополнительно воспользоваться очной ставкой с другими свидетелями или зачитать ранние показания для поддержки воспоминаний с целью преодоления имеющихся противоречий – вообще «широкий» и подробный сбор доказательств представляет собой хорошую гарантию для правильного результата. В общем при допросе – как при вопросах к свидетелям, так и при применении методов проверки показаний, судья обязан соблюдать свободу сви-

детеля, с тем, чтобы он не был ущемлен ни в своем волеизъявлении, ни в непосредственном осуществлении воли или же в способности воспоминания или в осмотрительности.

VII. Достоверность свидетеля и заслуживающие доверие показания

Представление о заслуживающем доверие показании вытекает, как правило, из достоверности выступающего по делу свидетеля.¹¹ Свидетельские показания, которые не подтверждаются какой-либо другой предметной правильностью, только в том случае могут быть использованы при установлении фактических обстоятельств дела, если судья убедился в правильности и надежности свидетеля. Только убедившись в достоверности свидетельских показаний, они могут приобрести доверие.

Представление о достоверности свидетеля опирается на правдивость того, что он слышал или видел. Чем убедительнее показания, тем достовернее сам свидетель. Однако следует также учитывать и обратное соотношение: чем более достоверным оценивается свидетель на основании всей своей личности, тем больше доверия заслуживают его показания. Ибо при даче свидетельских показаний содержательная сторона показаний приобретает вес только благодаря личности свидетеля. Хотя судья будет иметь определенные сомнения даже к самой заслуживающей доверие личности, докладывающей о фактах, не соответствующих жизненному опыту и невозможным в общей сложности. В том случае, если из дачи показаний не становится очевидным, откуда у свидетеля информация по данному делу, то следует установить является ли он непосредственным очевидцем, или только слышал о том, что он докладывает. В обоих случаях он докладывает суду о своем восприятии, однако его отношение к рассматриваемой материи либо непосредственное, либо отдаленное, что и обуславливает большее или меньшее значение его достоверности.

VIII. Помощь благодаря психологическим и психиатрическим судебным экспертам?

Вопрос относительно того, в каком случае может судья создать себе определенное впечатление о достоверности свидетеля без какой-либо помощи эксперта, все еще является важной темой серьезного рассмотрения.¹² В случае, если во время устного уголовного судебного разбирательства возникнут

¹⁰ Ср. размышления Хельдрима, Психология и техника допроса, стр. 210.

¹¹ Разграничения между достоверностью и заслуживающими доверие показаниями ср. Хельдрим, Психология и техника допроса, стр. 110.

¹² Штерн, Психология показаний, стр. 21; Гелпингер, Психопатологические и глубоко психологические исследования, стр. 10.

какие-нибудь физические или душевные недостатки свидетеля, то судья, как правило, должен привлечь врача или психиатра с целью проверки того, могут ли и каким образом могут его показания подпасть под влияние болезни. Сложнее обстоит дело, когда решающее значение имеет не столько тщательность показаний, а в первую очередь достоверность свидетеля или же честность даваемых им показаний. Вместе с тем, проверка честности даваемых показаний касается умышленных и желаемых искажений свидетеля, а вопрос достоверности оценивается в зависимости от не осознанных самим свидетелем, непреднамеренных, во всяком случае не запланированных и невольных отклонений от истины.

Как правило, знания судьи достаточны для оценки достоверности детских или подростковых свидетелей; исключительные случаи, однако, требуют привлечения к делу психологических или психиатрических экспертов. Причиной привлечения экспертов не могут послужить такие общие критерии, как возраст или срок, или подозрение влияния на свидетелей со стороны третьих лиц. В этих случаях речь идет о систематической сложности, решение которой представлена судье в силу профессиональных обязанностей. Лишь непривычные, свойственные определенному свидетелю признаки, как правило, выходят за рамки оценочных возможностей судьи. Личные свойства, начиная с не вызывающих сомнения признаков душевной болезни вплоть до многосторонней шкалы психоратологических характеров и ярких проявлений невротических нарушений, приводят судью и прокурора к необходимости, создать себе посредством психических или психиатрических экспертиз определенную уверенность в процессе их влияния на свидетельские показания и их оценки.¹³

Оценочные сложности, возникающие при несовместимых показаниях многих кажущихся достоверными свидетелей, суд должен решать систематически самостоятельно. Даже если здесь речь идет в каждый раз об особенно сложных ситуациях, тем не менее их можно назвать типичными случаями судебной оценки доказательств, которые недопустимо передавать оценке несудебных экспертов. Как правило, судья или прокурор, считающие необходимым привлечение экспертов во время предварительного следствия, свободны в выборе области, представителей которых они привлекут.¹⁴ При этом важна не столько дисциплина, сколько то, каким образом более значимая личность гарантирует положительный исход экспертизы. Наряду с этой скорее личностно ориентированной точкой зрения, при выборе необходимо также

учитывать и предметный подход. Так, в случае, если свидетель проявляет определенные физические отклонения, то физически-медицинские суждения психиатра кажутся более разумными, нежели направленный непосредственно на душевные высказывания человека метод психологии.

Если судья или прокурор все же решились, какого именно известного или им рекомендованного эксперта они хотят привлечь, то они поручают ему «составить заключение о достоверности свидетеля». Во время предварительного следствия или дознания от эксперта ожидается письменное заключение, тогда на главном уголовном судебном разбирательстве эксперт докладывает свое заключение устно.

Допрос по делу является исключительной компетенцией судьи, а эксперт должен ограничиваться личностью свидетеля.¹⁵ Судья хочет непосредственно разобраться и установить правду или же неправду по делу уголовного обвинения; эксперта же интересует общая достоверность свидетеля и его достоверность в контексте совершенного деяния. Эксперт исследует свидетеля по совершенному им деянию, осознавая суть самого дела. При этом существует опасность того, что он быстро перейдет в сферу судебного допроса. В конкретном случае, судья или прокурор, желая предотвратить эту опасность и даже видимость «допроса по делу» со стороны эксперта, могут ограничиться в описании задания, даваемого эксперту, лишь оценкой общей достоверности подсудимого. Это рекомендуется еще и потому, что профессиональные знания психолога или психиатра касаются характеров как здоровых и невротических или патологических лиц. Эксперт всегда может делать только общую оценку того, склонен свидетель говорить правду, или ложь. Однако он не может установить, насколько достоверен свидетель. Данное решение в любом случае является прерогативой суда, который должен оценивать свидетельские показания с уверенностью, которую он черпает из сути судебного разбирательства.

IX. Обстоятельства экспертного заключения

Только знакомство с делом, как правило, недостаточно для того, что опереть на него оценку достоверности.¹⁶ В том случае, если судья не чувствует себя в состоянии, несмотря на знание материалов дела и личный допрос свидетеля, создать себе достаточное представление для принятия решения, то, в данном случае, недостаточны и предоставленные суду в письменном виде заключения эксперта, даже если он ознакомился с делом с психологической точки зрения.

¹³ Шварц, Экспертная деятельность, стр. 80.

¹⁴ Об этом праве на выбор см. Шварц, Экспертная деятельность, стр. 82; фон Хиппель, Уголовный процесс Германии, стр. 64 и последующие.

¹⁵ О разграничении этих полномочий см. Мюллер-Лукман, Достоверность, стр. 12; Форстер, Criminal Law, стр. 310.

¹⁶ Шварц, Экспертная деятельность, стр. 91.

Судья или прокурор свободны в том, включить в индивидуальный допрос эксперта-психолога во время предварительного следствия или же во время уголовного судебного разбирательства, с тем, чтобы эксперт наблюдал за допрашиваемым свидетелем. Поведение свидетеля при допросе, его уверенность или неуверенность при определенных, касающихся самого деяния или злоумышленника пунктах, его краснота, бледность, дрожь, выражение лица, мимика и жесты могут дать определенные знаки опытному глазу психолога или психиатра.

Как правило, свидетель по закону не обязан терпеть исследование его достоверности.¹⁷ Возможность психологически-психиатрического исследования со стороны эксперта зависит от добровольного сотрудничества свидетеля. Поскольку это исследование выходит за рамки свидетельских обязательств, оно может быть осуществлен только с согласия самого затронутого свидетеля. Объявление свидетеля о своем согласии, подвергнуть себя исследованию оправдывает деятельность эксперта. Без данного согласия недопустимы какие-либо наблюдения с тем последствием, что результаты таким образом осуществленного исследования не могут быть использованы в принимаемом судьей решении. Однако одновременно не существует какой-либо обязанности разъяснений со стороны судьи или прокурора. Отсутствие согласия не является просто какой-то формальной ошибкой, не имеющей влияние на последствия оценки доказательств. В зависимости от решения свидетеля, оценка доказательств может распространяться на результаты экспертного исследования, но может и исключить их; процедура оценки доказательств и принятие решения затрагиваются такм образом в предметном, а не только в формальном смысле. Для самого исследования существуют определенные опробированные процедуры диагностики поведения и выражения, связанные с исследованием сути личности и обстоятельств дела. Это могут быть комплексные психиатрически-психологические исследования вплоть до стационарного клинического наблюдения.

Эксперт сам ограничен в праве задавать вопросы. Поэтому судья уполномочен отклонять неподобающие, не имеющие отношения к делу вопросы и со стороны эксперта. Однако определенный вопрос для установления достоверности свидетеля может показаться эксперту уместным и предметным, тогда как свидетель сам может попасть в весьма неудобное положение, и тем самым, у судьи или прокурора поневоле появится впечатление о недостоверности свидетеля. Если эксперта интересует, о каких именно заблуждениях в своем патологическом или невротическом

проявлении помнит свидетель, то этот последний будет конечно стремиться всячески скрыть свою личную судьбу перед общественностью, в особенности, в том случае, когда под угрозу поставлены его честь и репутация. Масштаб ожидаемого от свидетеля разоблачения не может быть только лишь вопросом такта – будь то эксперта или же судьи. Мнения о тактичном поведении слишком различны, чтобы привлекать их в качестве ограничения личной свободы свидетеля.¹⁸ Полученные свидетельские показания не могут изолированно и произвольно быть предоставлены обществу.

Х. Заключение

Свидетель, будучи ответственным членом правового сообщества, должен содействовать установлению истины. Обвиняемый (а позже подсудимый) подлежит уголовной власти государства, если он привлекается к ответственности за свои действия. Установление – в случае необходимости посредством наблюдения – ясности о его психическом состоянии служит в интересам как самого обвиняемого, так и суда. Принудительное изучение свидетеля может только в одностороннем порядке облегчить исследовательскую деятельность судье или прокурору, а для самого свидетеля оно порой означает вмешательство в его интимную сферу, за которую он сам не получает ничего равноценного: наоборот, это, как правило, связано для него лишь с отрицательными моментами. Именно поэтому следует весьма осторожно и тщательно обращаться с проверкой и исследованием психологически-психиатрического состояния свидетеля с точки зрения достоверности в экспертной практике.

¹⁷ Мюллер-Лукман, Достоверность, стр. 14: Безоговорочная добровольность.

¹⁸ Указание на Хельдрима, Психология и техника допроса, стр. 215.

Процедура перевеса презумпции невиновности и тяжесть бремени в демократическом законодательстве

Демократия – форма правления, при которой конституция закрепляет основные права и свободы человека. Демократическое законодательство должно исключать произвольное ограничение прав и свобод человека, для чего необходимо в процессе наказания преступника, как в процессе реализации государственных полномочий, правильное распределение бремени доказывания и наличие рычагов, ограничивающих государственный произвол.

В статье рассматриваются проблемные пространства, возникающие при противостоянии презумпции невиновности, как основного права, и недавно внедрённого принципа состязательности, пути искоренения которых уже найдены Европейским судом по правам человека и Верховным судом США, а так же судами Англии. Они требуют отображения и в законодательстве Грузии.

I. Вступление

«Жизнь права есть борьба – борьба народов, правительств, сословий, индивидов. Всякое право в мире является результатом борьбы, каждое важное правовое положение должно сначала победить те, которые сопротивляются ему».²

По теории состязательности «лучший путь к нахождению истины – обоюдные убедительные заявления (powerful statements), которые оцениваются пассивным и независимым судьёй».³ К борьбе за право подсудимого принуждает инстинкт самосохранения, вечное стремление к свободе. Для лучше оснащённой стороны обвинения «борьба за право» становится основой установления материальной истины. Истину устанавливает независимый суд (The truth lies somewhere in the middle⁴). Выбор принципа состязательности, как способа установления истины, теряет смысл, если права и обязанности неправильно разделены между сторонами. В состязательном процессе проблематично такое регулирование бремени дока-

зывания, когда нарушается баланс сил.

Из-за того, что ход процесса зависит от инициативности и активности сторон, ненадлежащая борьба за право может помешать установлению объективной истины, для пресечения чего необходимо правильное распределение бремени доказывания и существование соответствующих гарантий в законодательстве.

В уголовном процессе презумпция невиновности означает, что бремя доказывания лежит на органе, который осуществляет уголовное преследование.⁵ Обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность.⁶ С другой стороны, презумпции существующие в материальном законодательстве создают возможность перекладывания⁷ бремени доказывания, когда сторона защиты превращается в носителя бремени. В статье будут рассмотрены случаи перехода бремени доказывания на обвиняемого.

Бремя доказывания стороны обвинения отягчается стандартом доказывания, что является гарантом безопасности для обвиняемого и основным рычагом сдерживания государственного произвола. Стандарты доказывания установлены как уголовно-процессуальным кодексом, так и Европейской конвенцией по защите прав и основных свобод человека.⁸

Уголовно-процессуальный кодекс устанавливает три основных стандарта бремени доказывания,⁹ на основе которых, на определённом этапе процесса возможно ограничение прав человека. Из-за прочной связи с конституционными правами, уголовно-процессуальное право именуют и как прикладное конституционное право.¹⁰ Из-за опасной близости с основными правами человека, уголовно-процессуальный кодекс должен сковывать сторону обвинения, дабы человек не превратился в «голый объект»¹¹ государственной деятельности.

Обвиняемому присваивается «статус субъекта уголовного процесса, что в первую очередь подразумевает правовую возможность активно влиять на процесс и его результаты».¹² Нарушение процессуальных прав в уголовном процессе считается нарушением основного права достоинства человека.¹³ А во избежание этого нарушения необходимо адекватное ограничение стороны обвинения стандартами доказывания.

⁵ Штефан Трексель «Права человека в уголовном процессе», Тбилиси 2009, стр. 189.

⁶ конституция Грузии, ст. 40, пункт 2.

⁷ Штефан Трексель «Права человека в уголовном процессе», Тбилиси 2009, стр. 190

⁸ Статья 5, пункт 1(2).

⁹ Уголовно-процессуальный кодекс – статья 3(11, 12, 13) по положению 18 января 2013 года.

¹⁰ VverfGE32, 373(383)=NJW 1972, 1123, 1125.

¹¹ См. Кублашвили К. Основные права. юридический учебник, Тбилиси. 2008, стр. 87.

¹² Георгий Туманишвили «Потерпевший в современном уголовно-процессуальном праве», журнал права, 2009, №2.

¹³ См. Кублашвили К. Основные права, юридический учебник, Тбилиси 2008, стр. 91.

¹ Адвокат по уголовным делам; Магистрант в Университете Грузии (University of Georgia).

² Рудольф Иеринг «Борьба за право», пер. с немецкого Язон Бакрадзе, Кутаиси, 1908.

³ <<<http://fds.oup.com/www.oup.com/pdf/13/978019954137chapter1.pdf>>>

⁴ <<http://politics.ryanrenn.com/truth_in_middle.htm>>

II. Бремя доказывания

1. Общее обозрение

В Грузии, на законодательном уровне понятие «бремя доказывания» чётко не определено. Предусмотрен лишь субъект доказывания и возложенное на него обязательство доказывания. Калифорнийский кодекс доказательств определяет общее понятие бремени доказывания. «В уголовном процессе бремя доказывания является обязательством стороны, на основе доказательств создать у суда относительно факта убеждённую обязательную степень.¹⁴

В Англии суд различает два вида бремени доказывания, т.н. *evidential burden* и *legal burden*. Первый обязывает сторону представить адекватные доказательства, которые будут достаточны для рассмотрения дела судом. А второй требует от стороны обвинения доказать вину обвиняемого вне разумного подозрения. Проблемное пространство возникает тогда, когда между этими двумя видами бремени происходит раскол. Подобный тупик возникает, когда от стороны обвинения нельзя требовать отрицания всякого рода специфических обстоятельств (*defense*), представленных стороной защиты¹⁵ и бремя доказывания переходит на обвиняемого, хотя юридическое бремя остается на обвинителе.

Основной принцип уголовных дел состоит в том, что бремя доказывания *actus reus* и *mens rea* лежит на стороне обвинения,¹⁶ хотя в законодательстве могут встречаться и исключения. Факт, что переход бремени доказывания на обвиняемого нарушает презумпцию невиновности, предусмотренную статьей 6(2) Европейской конвенции по правам человека, является спорным и не установлен однозначно (см. внизу *Salabiak v. France*).

Различают позитивное и негативное понимание доказывания. В первом случае отрицается всё, что не доказано, а во втором – доказано всё, что не отрицается.¹⁷ Естественно, праву интересно позитивное понимание доказывания, когда всякого рода фактические обстоятельства должны быть подтверждены.¹⁸ Конституция и процессуальное законодательство Грузии определяют субъекта-носителя бремени доказывания (сторона обвинения) и требуют от него доказывания в позитивном понимании, хотя в законодательстве есть презумпции, которые считают до-

статочным доказывание в негативном понимании, и в этом случае бремя доказывания переходит на сторону защиты.

2. Перекалывание бремени доказывания, презумпции

Презумпции – предполагаемые заключения, которые устанавливают истинность фактов или явлений, без полного обоснования их существования.¹⁹ Например, «человек считается невиновным, до доказательства его виновности». Такого рода дефиницию презумпции невиновности определяют конституции всех развитых стран (вне зависимости от правовой системы). Презумпция признана и статьей 6(2) Европейской конвенции по правам человека, но законодательства некоторых стран предусматривают презумпции, которые устанавливают «предполагаемые заключения» о виновности лица и бремя доказывания обратного переходит на обвиняемого.

На вопрос – противоречат ли законодательные презумпции презумпции невиновности, ответ (неоднозначный) предлагает прецедентное право Страсбурга.

Проблема перекалывания бремени доказывания на основе законодательства, часто становилась предметом обсуждения Евросуда.

Ярким примером перекалывания бремени доказывания служит дело Фам Гонг (*Pham Hong*) против Франции, когда истца задержали в его автомашине, в момент когда туда садились двое с героином. Обвинение опиралось на статью 373 Таможенного кодекса Франции, согласно которой во всех правопроектировках, связанных с изъятием предмета, бремя доказывания того, что преступление не совершено, возлагается на лице, вещи которого были изъяты.²⁰ Истца местный суд признал виновным. Страсбургский суд не обнаружил нарушения презумпции невиновности (пункт 2, статьи 6 Европейской конвенции по правам человека), и заключил, что местный суд детально изучил имеющиеся в деле доказательства и решения не было основано на какой-либо презумпции.²¹ Суд, безусловно, установил бы нарушение, будь обвинительный приговор принят только за счёт возложения бремени доказывания на обвиняемого, а не на основе конкретных доказательств, хотя ясно, что существование самой презумпции суд не подвергает критике.

Ещё одно прецедентное решение – дело Салабиак, по которому истец, гражданин Заира, прибыл в аэропорт за посылкой. Несмотря на предупреждения сотрудника Заирских авиалинии, он взял сумку с зам-

¹⁴ California evidence code SECTION 100-260, 115.

¹⁵ Burden and Standart of proof, presumptions page1. <<<http://fds.oup.com/www.oup.com/pdf/13/9780199599912pdf>>>

¹⁶ *ibid*, page 2

¹⁷ <<http://rationalwiki.org/wiki/Negative_proof> <<http://en.wikipedia.org/wiki/proof_positive>

¹⁸ Давид Табидзе, «Бремя доказывания и стандарты в гражданском процессе». <<<http://library/court.ge/index.php?id=2878>>

¹⁹ Там же.

²⁰ Case of PHAN NOANG v. France, &22.

²¹ *Ibid* & 36.

ком, на котором не было указано имя и адрес и вышел с выхода, предназначенного для лиц, не обязанных что-либо декларировать. После того, как таможенный офицер остановил его и проверил сумку, под едой было обнаружено 10 кг. марихуаны. Через два дня высланная на имя заявителя посылка прибыла в Брюссель, как выяснилось, вместо Брюсселя посылку случайно отправили в Париж.²²

Из-за принципа решения подозрения в пользу обвиняемого, с него было снято обвинение в импорте наркотиков. Однако, он был признан виновным в контрабанде. Закон предусматривал презумпцию, по которой, если у лица обнаруживают недеklarированный товар, он признается виновным в контрабанде.²³ Единственным механизмом защиты являлось исключение непреодолимой силы, т.е. абсолютная невозможность знания содержимого посылки.²⁴

Суд отметил: «юридические и фактические презумпции действуют во всех правовых системах. Естественно, конвенция в общем не запрещает подобные презумпции, однако от стороны договора она требует соблюдения определённой грани в отношении уголовного права.»²⁵ Суд подверг критике комиссию из-за признания презумпции элементом преступления.

Подход Европейского суда к вопросу неоднозначный. Он определяет направления принципа, дабы государства «определили разумные рамки с учётом значения вопроса и обеспечения права защиты.»²⁶

И для законодательства Грузии не чужды презумпции, которые перекладывают бремя доказывания и обязывают обвиняемого доказывать свою невиновность. Слово «обязывает» звучит как бы преувеличено, но в случае, если сторона защиты не будет доказывать свою невиновность, для нее настанет нежелательный результат и отвечать она будет ограничением прав.

Яркий пример презумпции, допущенной материальным законодательством – статья 194 Уголовного кодекса о легализации незаконных доходов (отмывание денег), что подразумевает «придание законного вида незаконному или/и необоснованному имуществу». Законодатель требует от лица доказывания законности происхождения личного имущества и если обвиняемый изберет право, данное ему статьей 40(2) Конституции Грузии и не «обоснует» законность происхождения имущества, преступление будет считаться доказанным, только потому, что оно не было опровергнуто (негативное понимание доказывания).

Существование презумпции оправдано в том случае, если оно способствует установлению объективной истины (когда нужно доказать факт, который, исходя из своей специфики не может доказать сторона обвинения). Легализация незаконного имущества требует обоснования происхождения имущества, что не может быть (во всех случаях) рассмотрено как обстоятельство, которое может доказать лишь обвиняемый. В таком понимании значение презумпции невиновности принижается и в уголовном процессе возникает проблема полноценного осуществления принципа состязательности. Отмывание денег противоречит как существующей редакции конституции Грузии, так и Европейской конвенции по защите прав человека. Очевидно, законодатель обязывает совершающего действие доказывать факт несовершенности преступления легализации незаконных доходов. Самой трудной миссией для обвиняемого является не только переход бремени на него, а то, что он обязан документально подтвердить происхождение имущества (см. примечание к ст.194), а не с помощью других доказательств.²⁷ Таким образом, на основе анализа существующей редакции отмывания денег, приходим к трагикомическому заключению, что в случае обнаружения «необоснованного имущества», действует презумпция виновности: обвинитель не обязан доказывать незаконное происхождение имущества, бремя доказывания возлагается на обвиняемого.

Законодательство Англии признаёт презумпции и перекладывание бремени доказывания, несмотря на презумпцию невиновности и знаменитое изречение Viscount Sankey на процессе Вулмингтона: «В законодательной ткани уголовного права Англии всегда должна быть увидена одна золотая нить, это – обязательство стороны обвинения доказать вину обвиняемого».²⁸ Переход бремени доказывания на обвиняемого происходит с помощью множества статуты, которые напрямую предусматривают перекладывание бремени, вместе с тем, вследствие интерпретаций суда вырос показатель перехода бремени доказывания на обвиняемого и исследования показали, что в Королевских Судах в 40%-ax процессов обвиняемому приходилось доказывать что-либо или отрицать обвинение. Если лицо было не в состоянии что-либо доказать, процесс заканчивался его арестом, что разумеется, противоречит презумпции невиновности.²⁹

²² Штефан Трексель «Права человека в уголовном процессе», Тбилиси 2009, стр. 191.

²³ Salabiaku v. France &28.

²⁴ Ibid &28.

²⁵ Ibid &28.

²⁶ Штефан Трексель «Права человека в уголовном процессе», Тбилиси 2009, стр. 191.

²⁷ Проблемы криминализации и правоприменения современных проявлений организованной преступности в грузинском уголовном праве, Тбилиси 2012, стр. 768.

²⁸ Woolmington v. DPP (1935) AC 462, 461.

²⁹ <<http://webjcli.ncl.ac.uk/2003/ussu3/cooper3html>>

3. Бремя доказывания – исключаящие ответственность обстоятельства

Законодательства англо-американских правовых стран, где процесс полностью основан на принципе состязательности, перекладывание бремени доказывания не происходит лишь из-за презумпций, допущенных законом. Проблематичны также случаи существования обстоятельств, исключающих ответственность. В Англии, в подобных случаях, бремя доказывания возлагается на сторону защиты (evidential burden). Хотя, возложение такого бремени не рассматривают как классическое бремя и обязательство опровержения доказательства «вне разумного подозрения» возлагают на сторону обвинения (legal burden)³⁰.

Верховный суд США в деле *Mullaney v. Wilbur*³¹ (апеллянт обвинялся в убийстве и ему грозила смертная казнь, а в случае подтверждения состояния аффекта (heat of the passion) до 20 лет лишения свободы или штраф. Штат требовал от него доказать факт аффекта удовлетворяя стандарт «preponderance of the evidence», однако Верховный суд бремя доказывания отсутствия смягчающего обстоятельства, наложил на прокуратуру), в связи со смягчающими вину обстоятельствами разъяснил, что «сторона обвинения обязана вне разумного подозрения доказывать отсутствие положения аффекта, если вопрос поставлен соответствующим образом, т.е. сторона защиты обязана представить вопрос суду и впоследствии бремя его отрицания вне разумного подозрения переходит на сторону обвинения. В данном случае, если сторона защиты соответствующим образом не поставит вопрос о существовании обстоятельств, исключающих (смягчающих) ответственность, на сторону обвинения будет возложено бремя доказывания негативного факта, что является крайне сложной задачей, так как если не существует факта, как правило не будет и доказательств, удостоверяющих его отсутствие. «

Законодательство Грузии не предусматривает т.н. evidential burden, более того, как Конституция, так и статья 5(2) уголовно-процессуального кодекса постановляют: «никто не обязан доказывать свою невиновность». Исходя из специфики презумпции невиновности, как основного права и уголовно-процессуального права, как публичного права, это предложение нельзя толковать широко, поэтому законодатель однозначен, исключая всякое бремя доказывания.

VIII и IX главы уголовного кодекса Грузии предусматривают обстоятельства, исключаящие противоправность деяния и вину, в случае существования которых нет наличия преступления (УПГ ст. 7). После

избрания англо-американской модели уголовно-процессуального законодательства и внедрения принципа состязательности, встаёт проблема, кто должен доказывать наличие обстоятельств, исключающих противоправность и вину? Процессуальный кодекс не дает ответа на этот вопрос. На стороне обвинения лежит бремя доказывания, а сторона защиты полностью освобождена от обязательства доказывания (хотя имеет право доказывания).

Для пояснения проблемы рассмотрим стандартный пример необходимой обороны: А., в целях самозащиты от изнасилования, убил значительно превосходящего его физически Б.³² С одной стороны, налицо необходимая оборона, как право человека³³ и презумпция невиновности, с другой стороны – новый уголовно-процессуальный кодекс, согласно которому, на стороне обвинения лежит бремя доказывания, а обязательство добычи оправдательных доказательств не возлагается ни на ком. В этом конкретном случае налицо преступление: А. убил Б. и это создаёт состав статьи 108 Уголовного кодекса. Для стороны обвинения не стоит труда доказать обвинение (налицо труп и возможно А. признаёт факт убийства Б.). Но кто должен доказывать существование положения необходимой обороны, предусмотренной статьей 28 УК? Ответ однозначен: негативный результат, вызванный недоказанностью, полностью лежит на обвиняемом и только в его интересах установление объективной истины, в противном случае, ему грозит долгосрочное лишение свободы.

Римский философ и оратор Маркус Цицерон красноречиво передал значение права необходимой обороны; это «закон неписанный, но который родился вместе с человеком, если нашей жизни угрожает опасность, насилие, разбой или оружие врага, тогда все средства защиты оправданы»³⁴. А новый уголовно-процессуальный кодекс, неурегулированным разделением бремени доказывания принижает значение указанного права и превращает его в опасный инструмент самозащиты для жертвы.

Отсутствие регулирования вопроса уголовно-процессуальным кодексом противоречит презумпции невиновности, так как, если лицо пользуется правом хранить молчания, обстоятельство, исключающее ответственность, никто не докажет. Учитывая то, что мы внедрили модель англо-американского законодательства, кодекс и этот вопрос должен урегулировать соответственно. В случае наличия смягчающих или исключаящих ответственность обстоятельств, обязательство указания на факт стороны защиты должна

³² Общая часть уголовного права, учебник, Тбилиси 2007, стр. 252.

³³ Там же, стр. 240.

³⁴ Ирина Херхеулидзе «необходимая оборона» с грузинском и общим (англо-саксом) праве, стр.12.

³⁰ <<<http://www.nzcriminallaw.blogspot.com/2004/10/evidential-or-legal-burdens-on-defence.html>>>

³¹ *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684(1975).

быть предусмотрена в уголовно-процессуальном кодексе и впоследствии сторона обвинения будет обязана отрицать факт вне разумного подозрения. Как это происходит в стандартных случаях, созданием стороной защиты разумного подозрения ответственность исключается.

III. Стандарты доказывания

1. общее обозрение

«Статья 18(1) Конституции Грузии закрепляет право физической неприкосновенности, личной свободы человека. Это право является одним из основных оплотов фундаментальных прав и, согласно Конституции, подлежит особой защите».³⁵ Хотя, свобода человека не носит абсолютный характер и государство вправе вмешаться в сферу, защищённую этим основным правом.³⁶

«Свобода человека настолько весомое право, что вмешательство в него со стороны власти должно быть рассмотрено как «ultima ratio».³⁷ Для ограничения столь весомого права необходимо не только перекладывание бремени доказывания на сторону обвинения, но и отягчение отмеченного бремени стандартами доказывания. При вмешательстве в защищённую сферу должно быть использовано «возведённая в конституционный ранг совокупность процессуальных норм»,³⁸ которые наряду с материальными нормами являются гарантией свободы человека.

При осуществлении деяний, запрещённых уголовно-материальным кодексом, необходимо наличие совокупности в определённой степени подтверждённых фактических обстоятельств и информации, дабы реагирование государства было бы законным. В уголовно-процессуальном кодексе предусмотрены стандарты доказывания: обоснованное предположение, высокая степень вероятности, вне разумного подозрения. Чем длительнее и интенсивнее вмешательство в защищённую конституцией сферу, тем строже оценка законности.

По предусмотренному Уголовно-процессуальным кодексом Грузии правилу, руководствуясь стандартами доказывания, предполагается возможность совершения лицом преступления, а также проводятся следственные действия, решаются вопросы применения мер процессуального принуждения и пресечения. На предварительном заседании суда принимается ре-

шение о возможности вынесения судом обвинительного приговора (с высокой степенью вероятности) и наконец, для признания лица виновным, необходимо наличие совокупности согласованных доказательств вне разумного подозрения.³⁹

Уголовно-процессуальный кодекс сковывает стандартами сторону обвинения и суд. Несмотря на то, что на стороне защиты не лежит бремя доказывания (legal burden), с внедрением принципа состязательности у стороны защиты создаётся косвенное обязательство, удовлетворяя определённый стандарт, опровергать доказательства обвинительной стороны. Это опровержение на раннем этапе процесса сложнее для стороны защиты и впоследствии, с повышением стандарта доказывания, упрощается, что приводит к необходимости образования разумного подозрения (в случае образования разумного подозрения обвинение не сможет удовлетворить стандарт и решение будет принято в пользу стороны защиты).⁴⁰

Как было отмечено выше, кроме Уголовно-процессуального кодекса в Грузии действует и предусмотренное статьей 5.1(с) Европейской конвенции по правам человека основательное подозрение, которое должно существовать при ограничении права свободы и безопасности. Практикой европейского суда по правам человека признан и стандарт вне разумного подозрения. Далее рассмотрим стандарты, предусмотренные конвенцией и практикой Европейского суда.

2. Обоснованное Предположение – Основательное Подозрение 5.1(с)

«Что касается предположения, это – предварительное мнение о чём-либо, таким образом предположение – это подразумевание, предварительное мнение, а не установленный факт или обстоятельство, т.е. истина, хотя бы в простейшем ее понимании. А слово «обоснованный» значит, что это предположение не просто слово, субъективное, поверхностное, «взятое из воздуха», а опираемая на документы (находящиеся в деле доказательства)».⁴¹

Обоснованное предположение 11^{ая} часть статьи 3 Уголовно-процессуального кодекса Грузии толкует следующим образом: «совокупность фактов и информации, которая единством обстоятельств данного уголовного дела удовлетворило бы объективное лицо, дабы сделать заключение о предполагаемом совершении лицом преступления, доказательный стандарт проведения следственного действия, на-

³⁵ Решение конституционного Суда Грузии №1.2.503, 513, 11 апреля 2013 г. II – 1.

³⁶ Л. Изория, К. Норкелия, К. Нублашвили, Г. Хубуа, Комментарии конституции Грузии, основные права и свободы человека, Тбилиси, 2005, стр. 98.

³⁷ Решение конституционного суда Грузии №2/1/415, 6 апреля 2009 года, II-15.

³⁸ Там же, стр. II-1.

³⁹ Процессуально-уголовный кодекс, статья 82(3), положением 18 января 2013 года.

⁴⁰ Там же, ст. 13(2); Case of CreanGa v. ROMANIA, &88, 23 February 2012 "...in assessing evidence, it has adopted the standard of proof "beyond reasonable doubt".

⁴¹ Юрий Габисония «меры пресечения в процессе УП», Тбилиси 203, стр. 38.

прямую предусмотренного этим кодексом, или/и использования меры пресечения». Дефиниция обоснованного предположения крайне общая и оставляет пустоту, которая дает возможность уполномоченному лицу – действовать в конкретном случае по своему усмотрению. Закон не определяет – когда можно считать предположение обоснованным, тогда, когда вероятность выше 80%, или 50%? По толкованию Верховного суда США, квантификация (в процентах) обоснованного предположения невозможна, так как она касается вероятности и зависит от совокупности обстоятельств.⁴²

Обоснованное предположение, как стандарт доказывания, предусмотрен в 4^{ой} поправке Конституции США⁴³ и является конституционным механизмом защиты личной безопасности и свободы человека, хотя определить его точную дефиницию затрудняются и сами суды США, и, при необходимости ограничиваются косвенными, туманными фразами: ⁴⁴ «это не является точно определяемым стандартом»⁴⁵, «невозможно определить однозначную дефиницию»,⁴⁶ «точной формулы не существует».⁴⁷

Так как подозрение и предположение представляют собой субъективное отношение человека и не являются исчерпывающе определяемыми категориями, их появление зависит от совокупности объективных и субъективных обстоятельств в каждом конкретном случае.⁴⁸ Например, обоснованное предположение может появиться у опытного офицера полиции, у которого более высокая квалификация для оценок, заключений о фактах и обстоятельствах, нежели у среднего человека (lay person). Таким образом, то что непрофессионал не считает обоснованным предположением, для опытного офицера полиции может быть истиной в той же степени.⁴⁹

Уголовно-процессуальный кодекс Грузии основанием для задержания и применения меры пресечения предусматривает обоснованное предположение. Хотя, безусловно, указанный стандарт должен соответствовать «основательному подозрению», определенному статьей 5.1(2) Европейской конвенции по правам человека, так как конвенция обладает преимущественной силой перед кодексом.⁵⁰

⁴² Maryland v. Pringle (2003) 540 U.S. 366, 371.

⁴³ The constitution of the United States, Amendment 4-Search and Seizure. Ratified 12/15/1791.

⁴⁴ Principles of probable cause, point of view, spring 2008, http://le.alcoda.org/publications/point_of_view/files/PC_PRINCIPLES.pdf.

⁴⁵ Ornelas v. United States (1996) 517 U.S.690, 696.

⁴⁶ Maryland v. Pringle (2003)540 U.S. 366, 371.

⁴⁷ People v. Ingle (1960) 53 Cal 2 d 407, 412.

⁴⁸ Лали Папиашвили «Правовые основы применения задержания и ареста в Уголовном процессе» Сборник статей «конституционные и международные механизмы защиты прав человека», Тбилиси 2010, стр. 172.

⁴⁹ James F. Anderson, Bankole Thompson, “American criminal procedures” Carolina Academic Press (August 1, 2007), page 169; United States v. Ortiz (1975).

⁵⁰ Закон Грузии о нормативных актах, статья 7.3.

Понятие «основательное подозрение» не встречается и в Европейской конвенции, но Европейский суд по правам человека не раз толковал его значение и правило применения. В деле «Сагинадзе против Грузии»⁵¹ суд отмечает: наличие основательного подозрения заранее допускает существование фактов и информации, которые убедят объективного наблюдателя, что лицом совершено преступление, подозрительные факты не должны обладать тем уровнем определенности, что и факты, наличие которых оправдывает признание лица виновным, или хотя бы предъявление обвинения.

Подход Европейского суда к оценке основательности подозрения неоднозначен, в частности «в отношении особо тяжкого преступления Европейский суд применяет более низкую степень обоснованности».⁵² Исходя из исключительной природы терроризма, суд в деле *Murray v United Kingdom* посчитал субъективное, «добросовестное» подозрение достаточным и этим отошёл от устоявшейся практики, приняв во внимание особый характер терроризма и особенности борьбы против него, учитывая при этом положения и цели конвенции. И тем не менее, требования борьбы против терроризма всё же не оправдывают столь широкую интерпретацию понятия «основательности», которая ущемило бы гарантии, предусмотренные статьёй 5.1(с).

Таким образом, предположение обосновано (подозрение основательно), «если существует объективная связь между преступлением и задержанным лицом».⁵³ Безусловно, все действия, основанием которых согласно Уголовно-процессуальному кодексу является обоснованное предположение, должны опираться на совокупность объективных обстоятельств, фактов и информации, что является достаточным для разумно-осмотрительного человека, дабы поверить, что преступление было совершено или совершается.⁵⁴

3. Высокая Степень Вероятности

Высокая степень вероятности, по сравнению с обоснованным предположением, является более высоким стандартом. Когда интенсивность, продолжительность ограничения прав и свобод, гарантированных конституцией, превосходит адекватность обоснованного предположения как механизма ограничивающего произвол, становится необходимым образование более сильного рычага, сковывающего государство.

⁵¹ Case of SAGHINADZE and others v. Georgia & 126; Case of box, Campbell and Hartley v. United Kindrom, &32.

⁵² Лали Папиашвили «Правовые основы применения задержания и ареста в Уголовном процессе» Сборник статей «конституционные и международные механизмы защиты прав человека», Тбилиси 2010, стр. 173.

⁵³ Там же, ст.174.

⁵⁴ Там же, ст.174, Brinegar v. United States, 338 U.S. 160.68.S.Ct. 1302 (1949)

Согласно статье 3.12 Уголовно-процессуального кодекса, высокой степенью вероятности является «Совокупность доказательств, представленных на предварительном заседании суда, удовлетворительных для судьи, дабы с высокой степенью предположения вынести обвинительный приговор». Задачей предварительного слушания дела, наряду с экономичностью процесса, является избавить обвиняемого от бесосновательного процесса. Перед судом должно предстать лицо, которое с более высокой степенью вероятности будет осуждено, нежели оправдано.

Европейский суд по правам человека постановил, что обоснованное предположение может быть опровергнуто, за очень короткий срок с момента пресечения свободы, так как возможно, выясниться, что преступление не было совершено. Наличие подозрения – важнейший фактор, но недостаточный для продления срока заключения по прошествии определённого периода времени.⁵⁵ Стандарт оценки доказательств по прошествии времени повышается и если прямо пропорционально не будет укрепляться совокупность фактов и информации, возможно, существующие доказательства будут недостаточны.

По прецедентному праву, заключённые имеют «право регулярного пересмотра дела».⁵⁶ На государственные органы возлагается обязательство обеспечить автоматический пересмотр законности заключения с регулярной периодичностью, даже без предварительного требования заключённого.⁵⁷ Предварительное слушание является механизмом проверки законности заключения и по сравнению с ранним этапом процесса, применение сравнительно высокого стандарта обязывает сторону обвинения представить более твердые доказательства, на которые должен опереться суд, передавая дело на существенное разбирательство.

Высокая степень вероятности является применяемым стандартом при проверке материальной законности заключения и применяется в отношении передачи дела с целью существенного разбирательства, хотя, стандарт доказывания других вопросов, предусмотренных 4^{ой} частью статьи 219 уголовно-процессуального кодекса, не установлен и остается вопрос – на какую степень предположения должен опираться судья на предварительном слушании, при проверке приемлемости доказательств, применении меры пресечения, её изменении или отмене?

4. Вне разумного подозрения

Внедрение разумного подозрения, как стандарта доказывания в западную правовую систему, берёт начало со средневековой Англии. До 1780 года судебное законодательство определяло: присяжный заседатель, который признаёт лицо виновным, ответ держит перед богом, своей семьей, деятельностью, душой и телом.⁵⁸ Существует риск того, что присяжный, решающий дела, основанные на подозрения, не сможет уйти от ответственности, поэтому, безопаснее путь: «если у судьи (присяжного) возникает подозрение, он должен отказаться от признания лица виновным».⁵⁹ Хотя, тогдашнее понимание «разумного подозрения» отличается от ограничивающего стандарта сегодняшнего присяжного заседателя, судьи. В прошлом прецедентное право запрещало принимать решения на основании подозрения, а сегодня решение должно приниматься вне разумного подозрения, близко к истине.

В мире немного постигнуто человеком, как абсолютная истина, поэтому, закон не вправе требовать от государства доказывания виновности обвиняемого вне всех возможных подозрений.⁶⁰ Разумность подозрения должна быть установлена в конкретном случае на основании обсуждения фактов и информации. Стандарт считается удовлетворённым, если принимающий решение уверен в истинности факта вне разумного подозрения и тем не менее испытывает чувство, что возможно, он допустил ошибку.⁶¹ С точки зрения разумного подозрения возникает проблема, если подозрение основано на абстрактном предположении и не основывается на объективно существующем факте или информации.

В деле *Brinegar v. United States* Верховный суд США определил значение стандарта вне подозрения: «преступление должно быть доказано вне разумного подозрения... Этот стандарт был основан исторически, дабы защитить человека от подозрительного и несправедливого заключения, что ведёт к потере жизни, свободы и собственности.»⁶²

«Вне разумного подозрения» для стороны защиты создаёт лёгкий стандарт доказывания, в случае удовлетворения которого, сторона обвинения не сможет доказать вину.

Безусловно, у стороны защиты нет обязательства удовлетворения стандарта разумного подозрения, и это не должно быть понято как классическое бремя доказывания, которое нарушило бы презумпцию не-

⁵⁵ *Contrada v. Italy*, &54 “continued detention can be Justified in a given case only if there are specific indications of a genuine requirement of public interest which, not with standing the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty”.

⁵⁶ Анне Гроетсад «применение статей 5 и 6 европейской конституции по правам человека по уголовным делом, Тбилиси, 2009.

⁵⁷ *Sulaoja v. Estonia* &79.

⁵⁸ <<[http://en.wikipedia.org/wik/Beyond reasonable doubt](http://en.wikipedia.org/wik/Beyond_reasonable_doubt)>>

⁵⁹ *Ibid* “A judge who is in doubt must refuse to judge”.

⁶⁰ *Victor v. NEBRASKA* supra, 511 U.S. at 13 and 17-20.

⁶¹ *Ibid*

⁶² *Brinegar v. United states* 338 U.S. 160, 174 (1959); “These rules are historically grounded rights of our system, developed to safeguard men from dubious and unjust convictions with resulting forfeitures of life, liberty and property”.

виновности, хотя, из-за того что негативный результат, наступивший вследствие недоказанности, возлагается на обвиняемого, разумное подозрение можно рассматривать как стандарт, установленный для стороны защиты.

В презумпции невиновности, предусмотренной статьей 6.2. Европейской конвенции по правам человека, слова «считается невиновным, пока его вина не доказана». подразумевают наличие стандарта вне разумного подозрения.⁶³

Европейский суд по правам человека разделяет стандарт разумного подозрения, но уточняет, что такое доказывание может основываться только на согласованных, достаточно веских, явных и убедительных заключениях или на неопровержимой презумпции.⁶⁴ Установления материальной истины не требует и Европейский суд, хотя пытается сделать стандарт вне разумного подозрения более жёстким, и определяет свои критерии доказательств.

Согласно статье 3.13 уголовно-процессуального кодекса, вне разумного подозрения это «совокупность доказательств, которые необходимы для вынесения судом обвинительного приговора и которые убедили бы объективное лицо в виновности лица». Однако, достаточна ли совокупность доказательств, существовавших вне разумного подозрения для вынесения обвинительного приговора? Статья 13.2 Уголовного кодекса гласит: «обвинительный приговор должен основываться только на согласованной между собой явной и убедительной совокупности доказательств, которые вне разумного подозрения подтверждают виновность лица». Очевидно, законодатель разделяет подход Европейского суда к вопросу и ужесточает стандарт следующими требованиями: 1. согласованный между собой; 2. явный; 3. убедительный. Таким образом, возможно, доказательства вне разумного подозрения подтверждают виновность лица, но необходимо выполнение всех трёх условий. Вместе с тем, эти условия должны существовать кумулятивно. В случае отсутствия одного из этих условий, достаточный для вынесения обвинительного приговора стандарт не будет считаться удовлетворённым.

IV. Заключение

Таким образом, возложением бремени доказывания на сторону обвинения и созданием для обвиняемого защитного механизма от государственного произвола путем установления стандарта доказывания обвинения достигается справедливый процесс, основанный на принципе состязательности.

В регулировании бремени доказывания существуют исключения, когда из-за законодательных презумпций, бремя может перейти на обвиняемого, хотя, государство не может основывать обвинения лишь на презумпции, необходима совокупность фактов и информации, и было бы правильным учитывать судебные решения Европейского суда и развивать практику в этом направлении.

В состязательном процессе объективно существует два вида бремени доказывания (legal burden, evidential burden) и пренебрежение этим Грузинским законодательством порождает несправедливость. В надежде на презумпцию невиновности хранящего молчание обвиняемого закон не обязывает доказывать что-либо. Хотя, при наличии обстоятельств, исключающих ответственность, на нём реально лежит бремя, поэтому, в этом отношении необходимо законодательное регулирование, тем более, что Грузия выбрала основанный на чисто состязательном принципе процесс и всякая инквизиционность исключается в процессе существенного рассмотрения дела.

Касательно стандартов доказывания, из-за невозможности определения этих понятий, в конкретных случаях они должны быть правильно применены. Из действующих в Грузии стандартов, следует обратить внимание на «обоснованное подозрение», так как конвенция обладает преимущественной силой перед кодексом, а также существует практика Европейского суда, что упрощает его применение.

И в заключение, рекомендуется закреплять стандарты доказывания в конституции, так как, сама Конституция должна устанавливать стандарт, применяемый при ограничении основных прав. На сегодняшний день, ограничение основных прав человека осуществляется государством в порядке, установленном уголовно-процессуальным кодексом, что неправильно, так как учитывая их значение, стандарты, установленные процессуальным кодексом, реально являются конституционного ранга. Таким образом, закрепление стандартов доказывания в Конституции страны, подобно конституции США, будет служить еще большей гарантией безопасности для человека.

⁶³ Штефан Трексель «Права человека в уголовном процессе», Тбилиси 2009, стр. 177.

⁶⁴ IRELAND v. The United Kingdom &161, CASE OF VIRABYAN v. ARMENIA &150.

Умеренное наказание – лучший путь к ресоциализации

I. Введение: несопоставимое санкционирование ввиду отсутствия пропорциональности сроков лишения свободы

В своем труде «Comparative Perspectives on Sentencing Policy and Research» (2001²) («Сравнительный анализ политики и исследований в сфере назначения наказаний») Ричард Фрейз задает вопрос: «Почему конституционные и международные нормы не предусматривают исключительно длительные сроки тюремного заключения?» Потому что «излишне суровый приговор является таким же несправедливым и жестоким, как и привлечение к ответственности невиновного». Далее он пишет, что «суровые приговоры напрямую ведут к утрате свободы и достоинства, а также косвенно нарушают процессуальные гарантии: подсудимые вынуждены отказаться от своего права на справедливое судебное разбирательство и других прав, чтобы избежать ужесточения наказания...»

Это утверждение особенно справедливо в отношении систем, предусматривающих возможность заключения процессуального соглашения, так как угроза длительного тюремного заключения действительно устрашает. Фрейз говорит о «дефиците прав человека», поясняя, что «отсутствие пропорциональных ограничений в отношении суровости наказания тесно связано с принципами в области прав человека». Многие аспекты уголовного права уже изучены. Международные конвенции по правам человека предусматривают серьезные процессуальные гарантии для подсудимых. Они устанавливают строгие ограничения в отношении телесных наказаний и условий содержания в местах заключения, «запрещают или не поощряют смертную казнь». Но все же они «не решают проблему приговоров о тюремном заключении, которые нецелесообразны или несопоставимы тяжести совершенного преступления». Как правило, длительное заключение «... сильно снижает или сводит к нулю шансы подсудимого на возвращение к нормальной и продуктивной жизни» (цитаты со стр. 279/280). Кроме того, содержание заключенных в тюрьме связано с серьезными расходами.

В 2011 году Министр юстиции России Александр Коновалов заявил, что реформа пенитенциарной системы в Российской Федерации станет основным приоритетом на ближайшие годы. Он сказал, что не видит смысла в том, чтобы лица, совершившие преступление впервые, приговаривались к шести, восьми, а иногда и десяти годам тюремного заключения. Это не только противоречит международной тенденции по сокращению сроков тюремного заключения и использованию альтернативных мер наказания, не связанных с лишением свободы, но и способствует криминализации лиц, отбывающих наказание впервые, так как тюрьма, безусловно, не может считаться хорошей школой для обычных граждан.³

II. Статистический обзор: сроки лишения свободы и количество заключенных в соотношении с численностью населения

Однако беглого взгляда на статистические данные достаточно для того, чтобы увидеть, что соблюдение «принципов пропорциональности и соразмерности» при вынесении приговора все еще не привело к достижению международного консенсуса в отношении еще большего сокращения количества приговоров о лишении свободы. Во многих странах численность заключенных во много раз превышает соотношение 150 заключенных на 100 000 человек населения (источник: ICPS World Prison Population List (отчет МЦИТ: Данные о количестве заключенных в тюрьмах мира), 10-е издание; *выбор стран осуществлен автором*):⁴

	Общее кол-во заключенных, включая лиц, находящихся в предварительном заключении	Дата	Численность населения	Кол-во заключенных (на 100.000 человек населения)
Германия ⁴	64.379	31/03/13	81.96 млн.	79
Нидерланды	13.749	30/09/12	16.79 млн.	82
Франция	62.443	1/09/13	63.94 млн.	98
Соединенное Королевство, Англия и Уэльс	84.430	27/9/13	57.06 млн.	148
Армения	4.756	1/1/13	2.98 млн.	164
Турция	137.133	17/09/13	76.43 млн.	179

¹ Руководитель группы Грузии региональной программы GIZ «Правовое сближение с европейскими стандартами в Южном Кавказе»

² См. «Sentencing and Sanctions in Western Countries», Michael Tonry, Richard S. Frase (editors), Oxford University Press, 2001 г., стр. 259 – 286.

³ Александр Коновалов, «Нас зря обвиняют в излишнем либерализме», интервью РР (Русский Репортёр), 19 апреля 2011, №15 (193).

⁴ В 2009 году в федеральных землях Германии показатели варьировались от 51 (Шлезвиг-Гольштейн) и 98 (Бавария, Северный Рейн-Вестфалия) до 105 (Гамбург) и 143 (Берлин). Средний показатель в 2009 году составил 88.

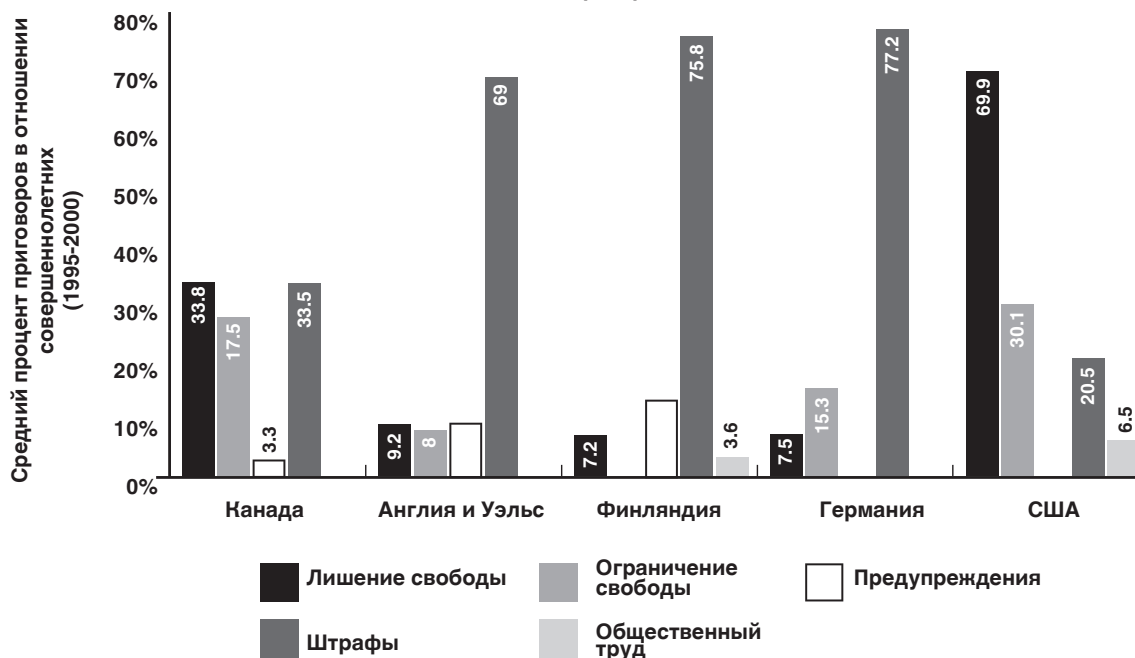
Польша	83.610	31/8/13	38.55 млн.	217
Грузия	10.202	30/4/13	4.50 млн.	225
Казахстан	48.684	1/1/13	16.49 млн.	295
Азербайджан	37.989	1/9/11	9.19 млн.	413
Российская Федерация	681.600	1/9/13	143.4 млн.	475
США	2.239.751	31/12/11	312,72 млн.	716 (1980: 139)

Эта таблица отчетливо демонстрирует существующие между странами различия. Численность заключенных в США почти в девять раз превышает их численность в Германии и в три раза – в Грузии. Тюремное заключение часто применяется для того, чтобы продемонстрировать, что государство жестко реагирует на преступления. Это не самый дешевый вариант и его широкое использование может быть обусловлено несколькими факторами, среди которых наиболее важным, вероятно, является общественное мнение и политика, которой следуют законодатели и политики в целом.⁵ Следующая диаграмма⁶ иллюстри-

рует соотношение применения тюремного наказания и альтернативных санкций в конкретных странах:

Примеры трех европейских стран довольно характерны. Во многих европейских странах заключение под стражу довольно часто заменяется штрафом. В Германии четверо из пяти осужденных приговариваются к выплате штрафа. Кроме того, более 90% приговоров о тюремном заключении выносятся условно, и большинство из них не приводится в исполнение, если осужденный не нарушает пробационный режим. В системах уголовного правосудия Великобритании и Финляндии штрафы также применяются чаще, чем тюремное заключение. Следовательно, численность заключенных не подчиняется законам физики и не всегда является результатом более высокого уровня преступности.⁷ На решение об изоляции преступников от общества в значительной мере влияет культура страны, ее правовые традиции, общественное мнение и, что не менее важно, количество и вместительность тюрем, а также коммерческие интересы частных компаний, предлагающих услуги в пенитен-

Несмотря на схожий уровень преступности, США чаще используют лишение свободы в качестве меры пресечения



⁵ См., например, ситуационное исследование по Новой Зеландии в докладе «Сравнение международных систем уголовного правосудия» (Министерство юстиции, Соединенное Королевство), доклад Комитету Палаты общин по юридическим вопросам (Sentencing Attitudes Survey) за 2006 год отмечает наличие консенсуса в плане «проявления большей гибкости в отношении преступников, представляющих меньшую опасность для общества (особенно лиц, совершивших ненасильственные преступления), или в тех случаях, когда для реабилитации преступников лучше использовать альтернативные санкции, несвязанные с изоляцией от общества» (стр. 2).

⁶ Justice Policy Institute, «Finding Direction: Expanding Criminal Justice Options by Considering Policies of Other Nations» (Fact sheet 2011) (Институт политики в области правосудия: «По-

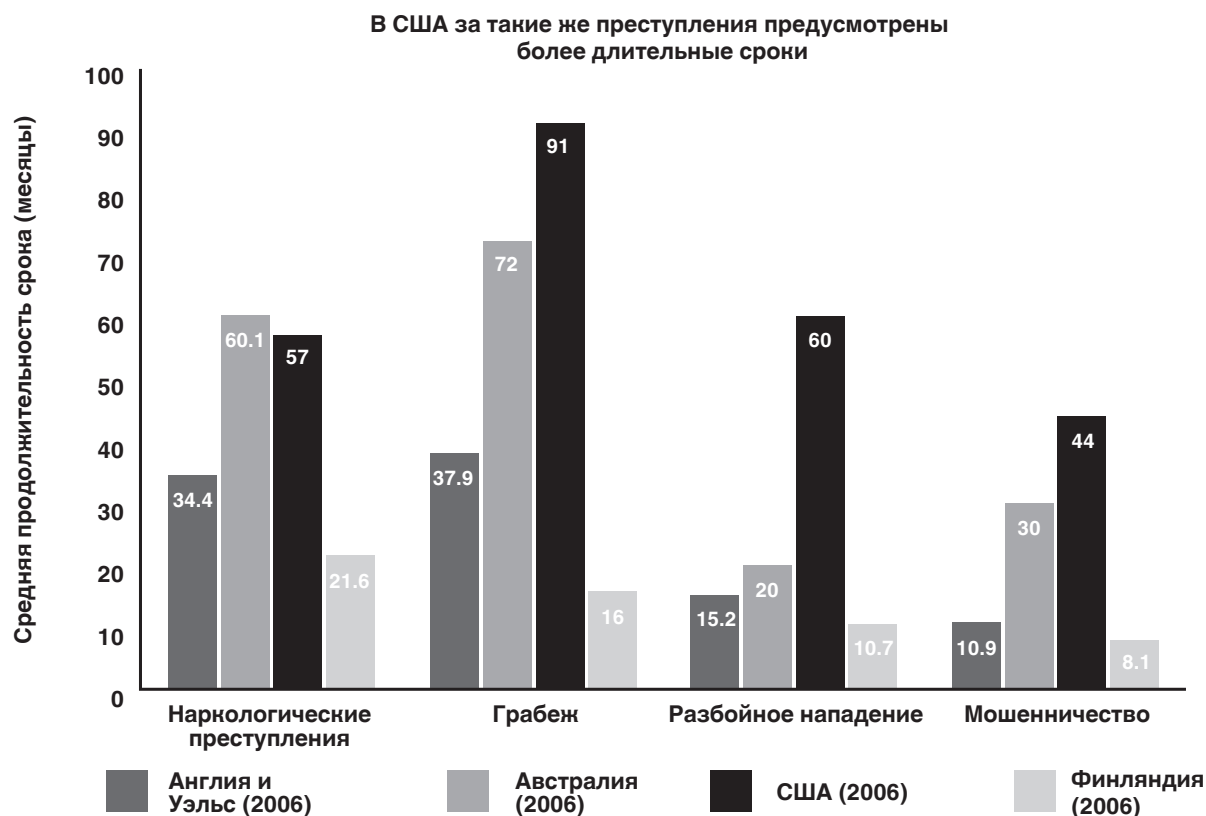
иск направления: расширение возможностей уголовного правосудия путем изучения политики других государств (Информационный бюллетень за 2011 г.)). Аналогичные данные см. в «Comparing International Criminal Justice Systems» («Сравнение международных систем уголовного правосудия»), стр. 22.

⁷ Rob Allen, «Reducing the use of imprisonment – what can we learn from Europe?», 2012 г.: «Хотя при сравнении ситуации в разных странах следует проявлять большую осторожность, опыт ряда европейских государств показывает, что устойчивый рост количества заключенных не является неизбежной необходимостью в начале 21 века. Согласно статистике, уровень преступности в Германии и Нидерландах снизился, также как и численность заключенных. В Англии и Уэльсе же, напротив, численность заключенных продолжает расти, несмотря на снижение уровня преступности».

циарной сфере. Следующая диаграмма (из того же источника) свидетельствует о том, что численность заключенных зависит не только от выбора санкций, но также от уголовного права и практики вынесения приговоров:

III. Немецкая практика. Тюремное заключение как крайняя мера

Во многих европейских странах тюремное заключение является крайней мерой (*ultima ratio*), а сроки



Наиболее суровое наказание за три из перечисленных выше четырех преступлений предусмотрено в США. Следует отметить, что в мире растет количество таких правонарушений как проступки или мелкие преступления,⁸ которые обычно не влекут за собой уголовное наказание и являются предметом дискуссий, связанных с реформами. Кража зачастую не ведет к тюремному заключению, если в деле не присутствуютотягчающие обстоятельства, или если преступник совершил преступление впервые (юридические санкции, предусмотренные в Грузии и Германии, описаны в приложении).

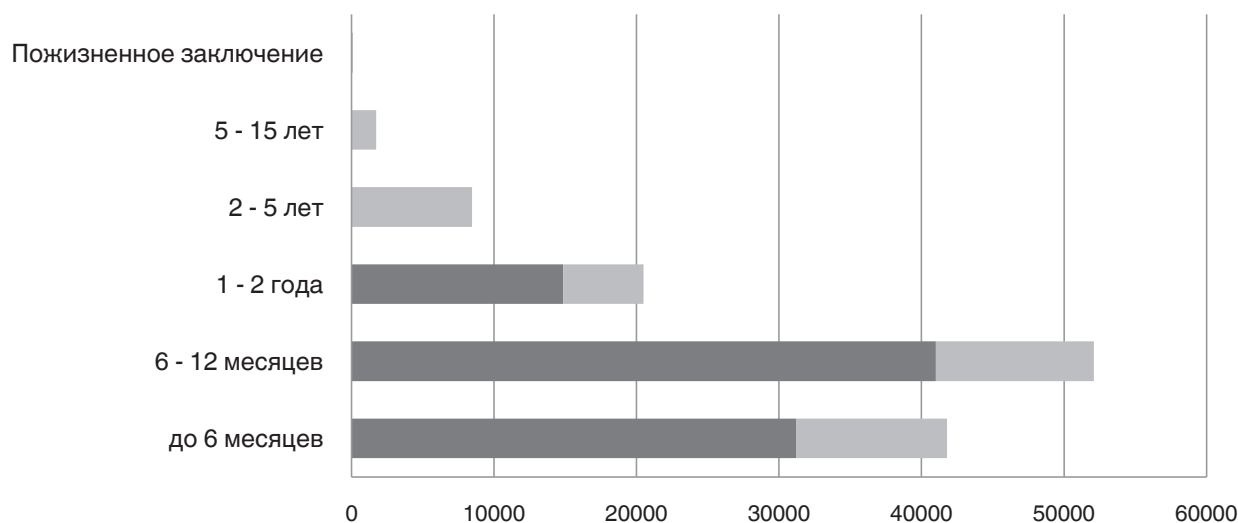
заклучения значительно короче, чем в Соединенных Штатах. Например, в Германии соотношение коротких (до 2-х лет) и длительных сроков заключения постоянно и составляет 2:1.⁹ В большинстве случаев срок тюремного заключения не превышает года: одна треть осужденных приговаривается менее чем к шести месяцам заключения. В 40 % случаев сроки заключения варьируют от 6 до 12 месяцев, в 16% случаев – от 1 года до 2 лет. В 7 % случаев срок заключения превышает два года, в 1.4% случаев приговор предусматривает более пяти лет заключения, и лишь в 0.1% случаев выносится приговор о пожизненном заключении. На следующей диаграмме представлена средняя продолжительность сроков тюремного заключения и соотношение условных и безусловных приговоров в Германии в 2006 году¹⁰. Как видно из этих данных, в категории приговоров, предусматривающих заключение сроком на 1-2 года, доля условных приговоров составляет две трети от общего количества в сравнении с приговорами, приведенными в исполнение:

⁸ См. Subramanian/Shames «Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States» (2013), стр. 6: «В Германии преступления подразделяются на две категории: «Vergehen» – незначительные и «Verbrechen» – более тяжкие, минимальным наказанием за которые является тюремное заключение сроком на один год. Хотя первое из упомянутых иногда переводится в США как «менее тяжкие преступления», это не совсем точно, так как эта категория включает в себя многие преступления, от средней до высокой степени тяжести, которые в США классифицируются как тяжкие (такие как кража со взломом, мошенничество, вымогательство, нападение при отягчающих обстоятельствах и различные наркопреступления)».

⁹ См. Statistisches Bundesamt, Justiz auf einen Blick (BMJ 2011, данные за 2009 г.), стр. 32.

¹⁰ См. Jörg-Martin Jehle, «Criminal Justice in Germany, Facts and Figures» (англ.), 5. изд. 2009 г., стр. 32.

Сроки тюремного заключения в Германии (совершеннолетние, 2006 г.)



	до 6 месяцев	6 - 12 месяцев	1 - 2 года	2 - 5 лет	5 - 15 лет	Пожизненное заключение
■ Условное	31222	41003	14841			
■ Безусловное	10574	11097	5657	8460	1715	94

Как указывалось выше, средняя продолжительность тюремного заключения в Германии сравнительно невелика, однако в Европе вообще наблюдается тенденция к сокращению длительности тюремного заключения или, по крайней мере, к ограниченному применению длительных сроков заключения. С другой стороны, данные по Соединенным Штатам свидетельствуют об обратной тенденции, а именно, об увеличении сроков тюремного заключения. По данным Института политики в области правосудия (за апрель 2011 г.) средняя продолжительность тюремного заключения в Соединенных Штатах составляет 63 месяца в сравнении с 36 месяцами в Австралии, 13 месяцами в Великобритании, 10 месяцами в Финляндии, 6-12 месяцами в Германии и 4 месяцами в Канаде.¹¹

IV. Критика и сомнения: международное сравнение практики лишения свободы

В самих Соединенных Штатах часто звучит критика в отношении этой практики¹² и сомнения в целесообразности тюремного заключения и его влиянии на уровень

преступности в целом и рецидивной преступности в частности. Верно ли, что вероятность совершения повторного преступления ниже, если человек уже отбыл срок заключения? Нужно ли приговаривать человека к тюремному заключению для того, чтобы удержать его от совершения преступлений в будущем? Может ли это утверждение быть справедливым в отношении всех категорий преступлений и преступников? Опыт доказывает нецелесообразность применения карательного подхода ко всем подряд: «Политика вынесения приговоров в Европе носит менее карательный характер, чем в США... и, несмотря на это, уровень преступности в Европе снижается так же быстро, как и в США. Следовательно, не доказано наличие какой-либо связи между суровостью наказания и уровнем преступности в стране».¹³ Этот вывод подтверждается недавно опубликованным докладом о ситуации в Великобритании, согласно которому, «не существует свидетельств явной связи между применением тюремного заключения и уровнем преступности».¹⁴

В докладе о ситуации в США (опубликованном VERA Institute of Justice) приводятся веские аргументы против применения карательного подхода: «К сожалению, массовое лишение свободы и увеличение финансирования пенитенциарной системы не дали желаемых результатов в плане обеспечения безопасности общества. Исследования показывают, что

¹¹ Justice Policy Institute «Finding Direction: Expanding Criminal Justice Options by Considering Policies of Other Nations» (Fact sheet sentencing, April 2011)(Институт политики в области правосудия: «Поиск направления: расширение возможностей уголовного правосудия путем изучения политики других государств (Информационный бюллетень, апрель 2011 г.), стр. 4.

¹² См. Richard S. Frase, «Sentencing in Germany and in the US: Comparing Äpfel with Apples», стр. 52. См. также см. Ram Subramanian, Alison Shames: «Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States», октябрь 2013 г., Введение.

¹³ См. Van D'k, Jan J.M., Robert Manchin, John van Kesteren, Sami Nevala and Gergely Hideg (2007 г.) «The Burden of Crime in the EU», Research Report; EU ICS (2005), стр.23.

¹⁴ Сравнение международных систем уголовного правосудия (2012 г.), стр. 6 и 26.

усиление пенитенциарной системы за последние три десятка лет способствовало лишь 20-процентному снижению преступности, начиная с 1990 года, и будет иметь незначительное влияние на этот показатель в будущем. Помимо этого, уровень рецидивной преступности – основной показатель работы пенитенциарной системы – остается крайне высоким, неизменно составляя около 40% в течение последних 20 лет».¹⁵

Согласно Фрейзу, сравнению практики вынесения приговоров в различных странах препятствует отсутствие идентичных методов сбора информации,¹⁶ а также то, что используемые методы не дают полного представления о существующем положении. К примеру, сравнивая численность заключенных с общей численностью населения в каждой стране можно получить лишь ограниченное представление о системе правосудия, так как при этом не учитываются различия в плане частоты совершения преступлений и степени их тяжести. Кроме того, в разных странах применяются разные методы, а также отсутствуют сопоставимые данные о приговорах, выносимых в зависимости от вида преступления. Фрейз поясняет, что: «Если в стране высок уровень прекращения или переквалификации дел полицией или прокуратурой, либо смягчения обвинения за определенные виды преступления, такие как изнасилование или кража со взломом, значит случаи изнасилования или краж, приведшие к вынесению приговора в такой стране, гораздо более серьезны, и среднее наказание за них будет более суровым уже только по этой причине.»¹⁷

Поэтому необходимо усовершенствовать статистические сравнения, а также провести опрос среди судей и адвокатов с тем, чтобы «сравнивать подобное с подобным». Фрейз предполагает, что «точные и сопоставимые данные о преступности могут продемонстрировать, что системы правосудия, носящие излишне карательный характер, не соответствуют интересам общества и связаны с расходом и без того ограниченных государственных ресурсов» (стр. 285). Необходимо «больше информации о том, во сколько обойдется предлагаемое ужесточение мер наказания; какова предполагаемая целесообразность этих мер в плане предупреждения преступлений, а также о том, существуют ли менее затратные альтернативы» (стр. 277).

¹⁵ См. Subramanian/Shames: «Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States» (2013 г.), стр. 3.

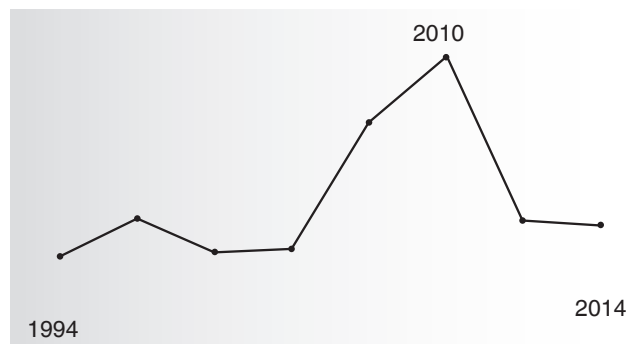
¹⁶ См. также, интересную первую часть доклада «Сравнение международных систем уголовного правосудия», стр. 10: «Что именно влияет на сопоставимость?»: различия в законодательстве, различия в методах учета преступлений; изменения в сроках и точности данных; изменения в правилах измерений и определений, которые происходят по мере совершенствования методик; институциональные различия, условия содержания в тюремных помещениях и за их пределами...»

¹⁷ См. Richard S. Frase, «Comparative Perspectives on Sentencing Policy and Research» (2001 г.), в: «Sentencing and Sanctions in Western Countries», Michael Tonry, Richard S. Frase (ed.), Oxford University Press, 2001 г., стр. 283.

V. Грузинская политика нулевой терпимости (2005–2012)

Как следует из ряда интернет-публикаций, сравнение международных систем наказания является довольно распространенной практикой. Однако цель данной статьи состоит не в том, чтобы обобщить результаты таких сравнений или сделать выводы на их основании, а в том, чтобы на примере одной страны, в данном случае Германии, продемонстрировать наличие ряда возможностей для дальнейшего сокращения численности заключенных. Во-первых, в статье приводится краткий анализ альтернативных мер наказания, не связанных с лишением свободы. Во-вторых, в ней подробно рассматриваются стадии уголовного процесса, которые позволяют «отсеять» тех правонарушителей, которых не следует изолировать от общества. Поводом для написания данной статьи послужили усилия по осуществлению правовой реформы, направленной на усовершенствование системы наказаний в Грузии. В течение ряда лет предыдущее правительство Грузии проводило политику «нулевой терпимости к преступности».¹⁸ В следующей таблице представлены данные об изменении количества заключенных в Грузии в период с 1994 по 2014 год:

Год	Кол-во заключенных	Рост кол-ва заключенных
1994	7376	152
1998	10406	233
2001	7618	174
2004	7867	182
2007	18309	418
2010 ¹⁹	23684	530
2013	10202	225
2014	9888	219



¹⁸ См. GAVIN SLADE, «Georgia's prisons: roots of scandal», 24 сентября 2012 г. (Open Democracy).

¹⁹ Сравните доклад Госдепартамента США о положении с правами человека за 2010 год, стр. 25: согласно данным Министерства юстиции, количество сделок со следствием значительно выросло за год и составило 80.8% (15,614) от общего количества дел по сравнению с 58.9% (10,400) в 2009 г. и 52% (10,608) в 2008г.

К примеру, согласно имеющейся информации, мужчина был приговорен к пяти годам тюремного заключения за кражу бокового зеркала с автомобиля стоимостью в 30 лари.²⁰ Он был арестован двумя сотрудниками уголовной полиции после политической демонстрации, проведенной оппозицией.

На сегодняшний день положение несколько улучшилось, однако цифры свидетельствуют о том, что процент назначения штрафов вместо тюремного заключения все еще незначителен (10–15 %). Другие альтернативные виды наказания также используются довольно редко (источник: вэбсайт Верховного суда Грузии):

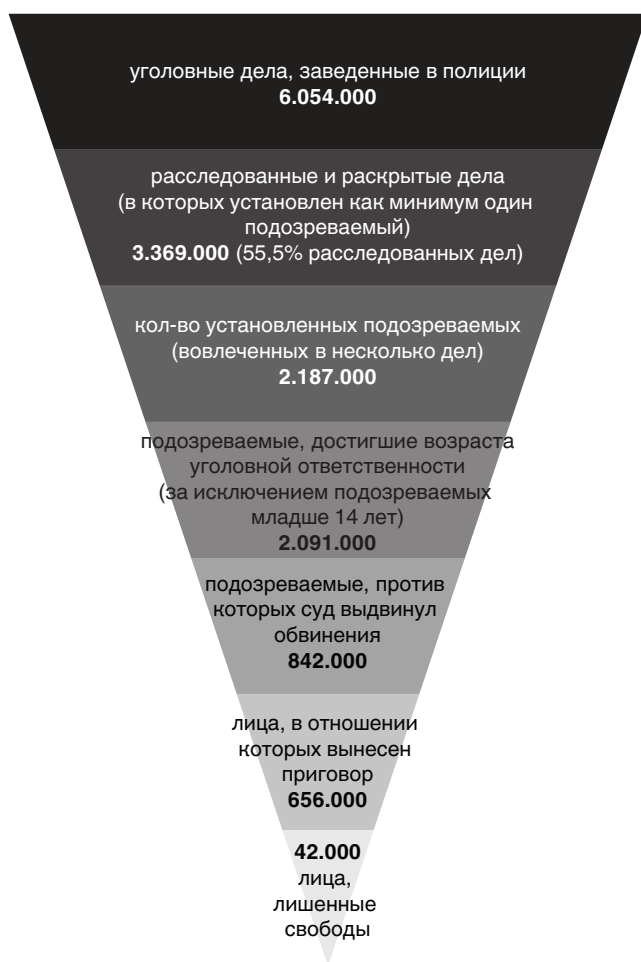
	Общее кол-во осужденных	Приговор о тюремном заключении	Условный приговор (пробация)	Штраф	Исправительные работы	Амнистия или другие причины для освобождения
Пять месяцев 2013 г.	5163	1242 (24,1%)	3173 (61,5%)	509 (9,9%)	104 (2%)	133 (2,6%)
Январь-май 2014 г.	6946	2640 (38%)	3115 (44,8%)	1031 (14,8%)	157 (2,3%)	4

Вопрос в том, можно ли исправить это положение. Является ли пример Германии ценным для Грузии?

VI. Возможна ли политика избегания наказания лишением свободы?

Информация о системе правосудия Германии демонстрирует ряд черт, благодаря которым количество приговоров о лишении свободы в стране ниже (в 2009 г. лишь 6 % осужденных были помещены в исправительные учреждения), а средние сроки заключения короче, чем в других странах (как следует из таблицы выше). Вся следственно-обвинительная система (полиция и прокуратура), система уголовного судопроизводства (прокуратура и суды), механизм вынесения приговоров (уголовное право и руководящие принципы) и практика пенитенциарных учреждений (администрации тюрем) построены на принципе избегания приговоров о тюремном заключении, отсрочке таких приговоров, а также освобождения заключенных при первой возможности. Следующая диаграмма показывает, что тюремное заключение является крайней мерой в большинстве уголовных дел:

Отсевание дел, не повлекших за собой приговор о лишении свободы (Германия 2009²¹):



Эти цифры также можно выразить в процентах, в частности: менее одной трети, то есть, 27 % от общего числа дел, возбужденных прокуратурой Германии, завершились обвинением или назначением штрафных санкций. 22 % судебных дел были закрыты²² или завершились оправдательным приговором (то есть, средний показатель вынесения обвинительных приговоров в течение ряда лет составлял 75 – 80%). 94% от общего числа приговоров о тюремном заключении были отсрочены или заменены денежными штрафами. Лишь 6 % преступников были приговорены к тюремному заключению и лишены свободы.²³ Как пра-

²¹ Источник: Statistisches Bundesamt, Justiz auf einen Blick (BMJ 2011 г., данные за 2009 г.), стр. 6; также см.: Jörg-Martin Jehle, «Criminal Justice in Germany» (english), Facts and Figures, изд. 5, 2009 г. (Федеральное министерство юстиции).

²² Для сравнения положений об **условном прекращении дел** см. § 153a II УПК ФРГ, а также § 37 II и § 38 II закона «О наркотических веществах» и § 47 I закона «О судах по делам несовершеннолетних»; для сравнения положений о **безусловном освобождении** см. § 153 II и §154 II УПК ФРГ (незначительность преступления), а также § 47 I, II закона «О судах по делам несовершеннолетних».

²³ Для сравнения, в Российской Федерации (2012 г.) из 900.000 уголовных дел, рассмотренных судом, 200.000 завершились вынесением безусловного приговора о тюремном заключении. Цит. из доклада Марии Шклярук «Die Strafverfolgung im Russland: rechtliche Grundlage und die Realität aus rechtssoziologischer und rechtsstaatlicher Sicht».

²⁰ Тбилисский городской суд, 1.10.2009, N1/3160-09 (002091212).

вило, заключенные освобождаются из тюрьмы после отбытия двух третей срока. Очевидные причины таких результатов заключаются в следующем:

- (1) Уголовный кодекс Германии предусматривает **умеренные санкции**, благодаря чему в 80% случаев суд принимает решение о наложении штрафа,
- (2) прокуратура самостоятельно принимает решения о наложении **штрафных санкций** вместо того, чтобы выдвигать обвинения в суде, которые привели бы к судебному приговору, и
- (3) в Германии широко применяются **альтернативные меры наказания**, такие как штрафы, общественный труд и специальные процедуры посредничества (медиации) между потерпевшим и преступником.

Экскурс: Процедура медиации в Германии²⁴

Процедура медиации, принятая в 90-х годах 20-го века (§§ 155 a, 155b Уголовно-процессуального кодекса ФРГ), основана на усилиях обвиняемого по достижению соглашения с потерпевшим и предоставления ему компенсации за совершенное им деяние (путем возмещения ущерба, выплаты компенсации, производства работ и т.д.). Подобное соглашение может быть достигнуто на любой стадии уголовного процесса. В подобном случае власти могут воздержаться от уголовного преследования (§ 45 III, закон «О судах по делам несовершеннолетних»), прекратить преследование (§ 153a I, предложение 2, № 5 УПК, § 47 I, № 3 закон «О судах по делам несовершеннолетних»), воздержаться от наложения санкций или смягчить их (§ 46a Уголовного кодекса). – Данные о случаях медиации:

Ежегодно регистрируются 5000 соглашений о медиации. В 2012 г. 35 % соглашений были достигнуты в делах несовершеннолетних и 65% – в делах совершеннолетних.

- ◆ В 80 % попытки заключения таких соглашений предпринимаются до вынесения обвинений; инициатором большинства соглашений является прокуратура (остальные иницируются органами полиции и судом).
- ◆ Соглашение о медиации может быть достигнуто в отношении следующих видов преступлений: телесные повреждения (53 %), противозаконный ущерб (12 %), оскорбление (11 %), преступления, связанные с имуществом (7 %), ограбление (2 %).
- ◆ 57,8 % (73%) потерпевших и 72,7% (84%) преступников были готовы заключить медиационные соглашения (в скобках указаны более высокие проценты на случай достижения соглашений).
- ◆ Результат: 83,3 % успешных соглашений; 5,4 % частичных соглашений; и 10,8% неудачных попыток.
- ◆ В 88,3 % случаев компенсация или другие виды возмещения успешно осуществлены после достижения соглашения.
- ◆ В 88,8 % случаев в результате медиационных соглашений прокуратура прекратила уголовное преследование (лишь в 5 % случаев были назначены дополнительные уголовные санкции).

VII. Различные этапы процесса отсеивания дел

В действительности о системе отсеивания дел можно сказать гораздо больше. При ближайшем рассмотрении становится ясно, что меры, направленные на избегание тюремного заключения, принимаются на всех этапах и уровнях уголовного процесса. Разделение на такие этапы позволяет коротко описать уголовный процесс в Германии (более подробная информация содержится в источнике, указанном в сноске 20):

Этап I: Расследование и обвинение

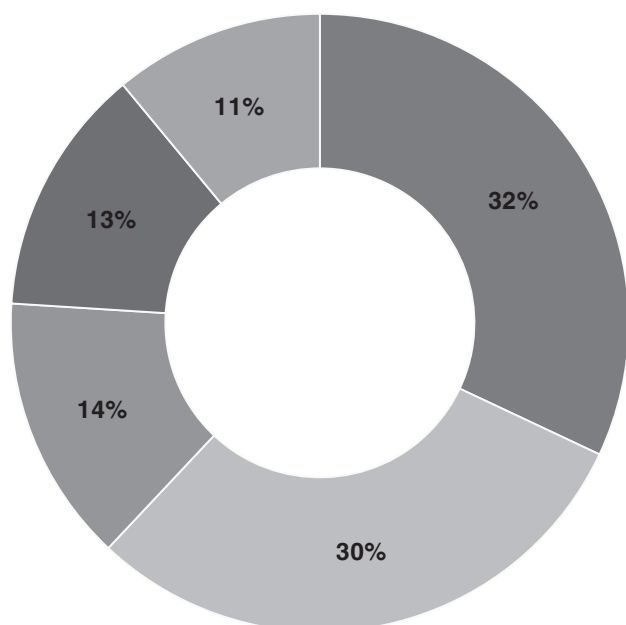
- ◆ После возбуждения дела полиция передает его в прокуратуру, которая прекращает дело в случае отсутствия достаточных оснований для подозрения (32% дел) или если степень вины правонарушителя слишком незначительна и его уголовное преследование не соответствует общественным интересам (30% дел).
- ◆ В этом случае производство по делу также может быть прекращено после установления соответствующих условий, таких как финансовое возмещение вреда, причиненного деянием, выплата штрафа, исправительные работы или медиационное соглашение между правонарушителем и потерпевшим. В остальных случаях прокуратура обращается в соответствующий суд за постановлением о штрафных санкциях (13%) или выносит обвинения против подозреваемого (14%).
- ◆ Два последних варианта составляют менее одной трети от общего количества дел.

Этап II: Ускоренное судебное разбирательство и штрафные санкции

- ◆ При работе с простыми делами, не требующими большого количества времени, прокуратура может обратиться к судье по уголовным делам с просьбой о проведении ускоренного разбирательства. Подобные дела рассматриваются без выдвижения официальных обвинений.
- ◆ Кроме того, прокуратура может обратиться за назначением штрафных санкций без предварительного судебного разбирательства. Эта упрощенная процедура, которая исключает устное разбирательство и позволяет быстро вести простые дела.
- ◆ Однако этот подход неприменим к более серьезным уголовным делам, в которых минимальное наказание соответствует одному году тюремного заключения. Кроме того, в таких делах могут применяться только определенные санкции, такие как штраф или условное лишение свободы сроком до одного года.

²⁴ См. Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland (BMJ), Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für die Jahrgänge 2011 und 2012.

Следственно-обвинительные процедуры прокуратуры (2009): урегулирование дел



- Недостаток доказательств
- Быстрое урегулирование дел о незначительных правонарушениях (условный и безусловный приговор)
- Государственное обвинение (необходимо судебное решение)
- Применение штрафных санкций (без необходимости судебного решения)
- Другие методы урегулирования (переход в административное/частное производство 11%)

Источник: *Justiz auf einen Blick* (2011, данные за 2009 г.), стр. 11.

Этап III: Судебное разбирательство

- ◆ Дело также может быть прекращено в ходе судебного разбирательства (напр., ввиду незначительности правонарушения или отсутствия заинтересованности общества в уголовном преследовании): почти в 25 % случаев судебные дела заканчиваются освобождением, в том числе в 10 % случаев – полным и в 13 % случаев – условным (как прокуроры, так и судьи вправе обойтись без судебного разбирательства и прекратить производство по делу, см. §§ 153, 153а УПК ФРГ).
- ◆ Тем не менее, более 20 % судебных дел прекращаются по иным причинам, таким как недостаток улик, отсутствие у суда соответствующей компетенции и т.д. В этом случае разбирательство дела не начинается или дело передается в другой суд.
- ◆ Остальные дела завершаются освобождением или осуждением. Для совершеннолетних обычно назначается наказание в виде штрафа (80%) или

тюремного заключения (20%, чаще условного) с вероятностью дальнейшего лишения водительских прав в качестве дополнительного наказания; в отношении несовершеннолетних и молодых правонарушителей предусмотрены отдельные меры.

Этап IV: Назначение наказания

- ◆ Данные о длительности сроков тюремного заключения представлены на графике выше (стр. 5). Кроме того, в приложении сравниваются меры наказания за кражу, предусмотренные законодательством Грузии и Германии. Из этого сравнения видно, что Уголовный кодекс Германии предоставляет судьям больше свободы действий. Согласно Уголовному кодексу Грузии, минимальный срок заключения за кражу равен одному году (В УК Германии минимальный срок не указан), а при наличииотячающих обстоятельств он возрастает до трех, четырех и шести лет.
- ◆ В Германии штраф назначается в дневных ставках,²⁵ для того чтобы оказывать одинаковое воздействие на лиц с разным имущественным статусом, совершивших преступления равной степени тяжести. Общий размер штрафа исчисляется на основе количества и размера дневных ставок, например, размер штрафа в 45 дневных ставок по 21 евро (в соответствии с заработной платой правонарушителя) составит 946 евро (размер среднего штрафа в 2009 году).
- ◆ Уголовный кодекс Германии допускает отсрочку и рассрочку уплаты штрафа, если осужденный в силу личных обстоятельств или материального положения не в состоянии немедленно исполнить судебное решение. При уклонении от уплаты штрафа происходит его замена лишением свободы, причем одна дневная ставка соответствует одному дню лишения свободы.

Экскурс: Правила назначения наказания в Германии

§ 46 Уголовного кодекса ФРГ: Основания для назначения наказания

(1) Основанием для назначения наказания является вина лица, совершившего преступное деяние, при этом учитывается возможное воздействие наказания на будущую жизнь лица в обществе.

(2) При определении наказания суд изучает обстоятельства, которые свидетельствуют как в пользу, так и против лица, совершившего деяние, принимая во внимание:

- ◆ движущие мотивы и цели лица, совершившего деяние;

²⁵ В США штрафы применяются в качестве дополнительной меры пресечения вместе с другими санкциями. В Европе штрафы используются как отдельные, часто предпочтительные, санкции.

- ◆ образ мыслей и волю, проявившиеся в совершенном преступном деянии;
- ◆ степень нарушения лицом своих обязанностей;
- ◆ способ совершения деяния и его последствия до той степени, до которой за них ответственно совершившее его лицо;
- ◆ предшествующая жизнь правонарушителя, его личные и материальные обстоятельства;
- ◆ поведение правонарушителя после совершения деяния, особенно его усилия по возмещению причиненного вреда и достижению соглашения с потерпевшим.
- ◆ (3) Не принимаются во внимание обстоятельства, которые уже являются признаками состава деяния, предусмотренного в законе.

Примечание:

Понятие вины как основания для назначения наказания основывается на понятии вины лица за совершенное деяние, которую необходимо доказать для назначения наказания. Однако эти два понятия не идентичны. Согласно § 46, необходимо изучить обстоятельства совершения преступления и его последствия, ответив на вопросы: «Какова тяжесть совершенного деяния?» и «Каковы его последствия?» Иными словами, для того чтобы получить общую картину преступления, необходимо оценить серьезность деяния, его значение для закона и порядка современного общества, а также поведение и личное отношение обвиняемого (в том числе ситуацию до и после совершения деяния).

Таким образом, при определении наказания и выборе правильной меры пресечения, которая определяется приблизительными размерами штрафов и сроками заключения (напр., «срок тюремного заключения от одного до десяти лет»), предусмотренными законом, судья обязан учитывать все обстоятельства. Решение суда, которое не содержит четкого объяснения оснований для той или иной меры пресечения в конкретном деле, или явно нарушает правила определения меры пресечения, должно быть отменено судом последующей инстанции (сравните § 267 (3) Уголовно-процессуального кодекса ФРГ).²⁶

Этап V: Отсрочка исполнения приговора

- ◆ Если осужденный приговорен к тюремному заключению на срок до двух лет, суд принимает решение об отсрочке исполнения приговора и назначении probation в случае уверенности в том, что осужденный не совершит новых преступлений, и если у суда нет иных причин для того, чтобы воздержаться от исполнения приговора.
- ◆ Условный приговор является аналогом probation, применяемой в США, однако он не всегда предусматривает установление особых условий или активного надзора со стороны общества. Суд может установить условия (напр. штраф) или правила и поместить осужденного под надзор сотрудника службы probation на срок действия probation.

- ◆ Чем длиннее срок тюремного заключения, тем жестче условия для отсрочки исполнения приговора и назначения probation. Суд принимает решение об отсрочке исполнения приговора о тюремном заключении на срок до шести месяцев и назначении probation при наличии уверенности в том, что осужденный не сможет избежать тюремного заключения в случае совершения нового преступления. Решение об отсрочке исполнения приговора о тюремном заключении на срок от шести месяцев до года принимается аналогичным образом, если соблюдение законности не требует помещения осужденного в исправительное учреждение. Исполнение приговора о тюремном заключении на срок от одного года до двух лет также может быть отсрочено, если общая оценка преступления и личности совершившего его лица указывает на наличие особых обстоятельств.

Этап VI: Досрочное освобождение из заключения

- ◆ После отбытия лицом минимум двух третей срока заключения, в случае его согласия и при отсутствии опасности для общества с его стороны, действие приговора о тюремном заключении приостанавливают, и оставшийся срок часто заменяют probation.
- ◆ В исключительных случаях оставшийся срок заключения может быть заменен probation на более раннем этапе, например, по истечении половины срока.
- ◆ Аналогичным образом, по истечении 15 лет приговор о пожизненном заключении может быть заменен probation, если особая тяжесть совершенного лицом преступления не обуславливает необходимость его дальнейшего содержания в тюрьме, и если прогноз в отношении его дальнейшего поведения положительный.

VIII. Проблема рецидива

Рассмотрев различные этапы процесса и возможности для «отсеивания» дел, следует упомянуть еще один аспект. Помимо того, что содержание тюрем связано с большими расходами²⁷, в пользу альтернативных мер также свидетельствуют теории наказания, распространенные в Германии, в первую очередь, теория индивидуальной превенции. На деле альтернативные меры наказания (а в некоторых случаях, таких как наркомания, меры по реабилитации осужденного) представляются более уместными и эффективными.

²⁶ Также см. Meyer-Goßner/Appl, Die Urteile in Strafsachen, 27.A., стр. 148, Rz. 417. Схему оценки с учетом объективных и субъективных аспектов см. в: Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3.A., стр.124/125, Rz. 315.

²⁷ См. Justiz auf einen Blick, стр. 56: в среднем на одного заключенного ежегодно выделяется 32.100 евро (включая все расходы). В Англии и Уэльсе на одного заключенного в год в среднем выделяется 37.163 фунтов (2011 г.).

В то же время, проявление заботы о преступниках может рассматриваться как часть системы управления рисками. Кто представляет угрозу для общества? Данные наблюдений, проведенных в Германии, служат доказательством тому, что преступники, в отношении которых было применено тюремное заключение, с большей долей вероятности могут совершить повторные преступления:

IX. Продолжающаяся дискуссия: поиск альтернатив лишению свободы

По моему мнению, продолжающаяся дискуссия свидетельствует о том, что этот вопрос все еще открыт. В настоящее время имеется больше данных, которые позволяют делать выводы на основании сравнения опыта разных стран и учиться друг у друга. Это

Повторные преступления в зависимости от первой меры пресечения



Источник: E. Weigelt, Rückfallquoten nach Freiheits- und Bewährungsstrafen, Institut für Kriminalwissenschaften der Georg-August-Universität Göttingen, 2008.

Действительно, в Германии большинство случаев повторных преступлений не влекут за собой тюремное заключение. Опыт Германии показывает, что лица, побывавшие в тюрьме, больше склонны к совершению повторных преступлений, за которые полагаются тюремное заключение.²⁸

ведет к постановке новых и старых вопросов относительно практики и политики назначения наказания. В своем докладе «Reducing the use of imprisonment – what can we learn from Europe?» («Сокращение количества приговоров о тюремном заключении – чему мы можем научиться у Европы?») Роб Аллен описывает некоторые структурные особенности систем уголовного правосудия, обуславливающие меньшее количество приговоров о тюремном заключении (стр. 16/18). Это, в частности:

- ◆ Отличные меры для детей и молодежи (младше 18 лет–21 года)
- ◆ Возможность обойтись без уголовного преследования даже в случаях относительно серьезных дел (напр., используя механизмы восстановительного

²⁸ Общий уровень рецидивной преступности в Германии составил 33%, см. «Justiz auf einen Blick», стр. 34. См. также: «Сравнение международных систем уголовного правосудия» (Comparing International Criminal Justice Systems) стр. 33: Англия и Уэльс – 45.1 %, Шотландия – 44.3 % и Нидерланды 38.0 %. Вследствие применения различных критериев возникают проблемы со сравнением этих показателей.

правосудия)

- ◆ Сокращение сроков тюремного заключения (значительное сокращение максимальных сроков заключения)
- ◆ Улучшенные возможности лечения лиц с наркотической зависимостью и психическими проблемами (наличие возможностей для проведения дезинтоксикации, стационарное психологическое лечение и заместительная терапия)
- ◆ Ограничение на принятие решений о помещении под стражу (в Германии решение о предварительном заключении может быть принято, только если оно соразмерно тяжести преступления и предполагаемому наказанию; в Нидерландах помещение под стражу допускается только при наличии вероятности того, что преступник будет приговорен к тюремному заключению).
- ◆ Более важная роль, которую научные и неправительственные экспертные организации играют в формулировании разумной уголовной политики, а не в формировании негативного общественного мнения под влиянием СМИ.

В то же время важно помнить истинную цель наказания. Вновь процитируем Ричарда Фрейза, который, в частности, писал: «Я полагаю, что наказание должно быть направлено на достижение следующих целей в порядке убывания важности: первое – **пропорциональность** нанесенному или вероятному вреду и степени вины преступника – в первую очередь, недопущение незаслуженно сурового наказания; второе – **экономическая целесообразность** или «соразмерность» в целом и в конкретных делах (отдавая предпочтение менее суровому наказанию, которое может способствовать достижению других целей) – особенно в плане использования альтернативных мер пресечения, не связанных с лишением свободы; третье – **эффективность мер по предупреждению преступности**; и четвертое – **удовлетворенность потерпевшего и общества** процессом и результатами назначения наказания. Все эти цели основаны на нормативных и практических соображениях и оказывают взаимоукрепляющее воздействие (например, непропорционально суровые меры наказания не способствуют предупреждению преступности или даже являются контрпродуктивными, а посему, нецелесообразными)».²⁹

Однако в современном правоведении цели реабилитации и реинтеграции преступников приобрели такое же большое значение, как и концепции «общей превенции» и «ужесточения норм», которые были введены пионерами уголовного права. Я считаю, что социальная реинтеграция является лучшим выходом

для большинства правонарушителей, и что для успешной реинтеграции необходимы меры, не связанные с тюремным заключением. Это мнение находит свое подтверждение в растущих сомнениях по поводу существующего положения в США. В этой связи можно процитировать других американских исследователей:

«Несмотря на то, что финансирование исправительных учреждений выросло, четверо из десяти совершеннолетних правонарушителей вновь попадают в тюрьму в течение трех лет после освобождения, а в некоторых штатах это число достигает шести. Эти неутешительные цифры рождают вопрос о том, не будет ли целесообразней разработать альтернативные стратегии назначения наказания и коррекции в целях обеспечения общественной безопасности».³⁰

Высокий уровень преступности является наиболее простым объяснением того, почему в США выносятся больше приговоров о тюремном заключении, чем в Германии и Нидерландах. Однако также возможно, что политики используют высокий уровень преступности как предлог для проведения своих предвыборных кампаний и получения общественной поддержки. Непримируемое отношение к преступности всегда работает как хороший аргумент в пользу избираемого (переизбираемого) кандидата. В вышеуказанном докладе описываются впечатления трех делегаций из Колорадо, Джорджии и Пенсильвании от визита в Европу. Члены делегаций пришли к выводу о целесообразности рассмотрения следующих мер:

(1) Расширить полномочия прокуратуры по замене судебной ответственности правонарушителей альтернативным исправительным воздействием, (2) сократить количество решений о тюремном заключении в качестве первоочередной меры и чаще использовать альтернативы тюремному заключению средствами общины, (3) адаптировать дисциплинарную структуру и расширить набор санкций, (4) обращаться с молодыми правонарушителями как с особой группой, (5) нормализовать условия содержания в тюрьме.³¹

В свете идеи о том, что цель наказания состоит в предупреждении новых преступлений, а не в возмездии за уже совершенные деяния, продолжается поиск мер пресечения, альтернативных тюремному заключению. Такие альтернативные меры лучше соответствуют цели возвращения правонарушителей в общество, а также подходу, предусматривающему более гуманное обращение с преступниками. Вместо того чтобы приводить здесь теории наказания, распространенные в Германии,³² будет уместно процити-

³⁰ См. Subramanian/Shames: «Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States» (2013 г.), стр. 3.

³¹ Там же, стр. 17 – 19.

³² См. „Sanktionen und ihre kriminologischen Grundlagen“, Materialien Vorlesung Prof. Heinz: <http://www.uni-konstanz.de/rft/heinz/>

²⁹ См. Richard S. Frase, «Comparative Perspectives on Sentencing Policy and Research» (2001 г.), стр. 260.

ровать Сенеку: «...ибо, как говорит Платон (в «Диалогах»), благоразумный человек наказывает не потому, что было совершено преступление, но для того, чтобы оно не было совершено впредь: прошедшее нельзя изменить, но будущее можно предотвратить».³³

И все же, эта знаменитая сентенция менее красноречива, чем ее оригинал в «Диалогах» Платона: «Никто ведь не наказывает преступников, имея в виду лишь уже совершенное беззаконие: такое бессмысленное мучительство было бы зверством. Кто

старается наказывать со смыслом, тот казнит не за прошлое беззаконие – ведь не превратит же он совершенное в несовершенно, – но во имя будущего, чтобы снова не совершил преступления ни этот человек, ни другой, глядя на это наказание. Кто держится подобного образа мыслей, тот признает, что добродетель можно воспитать: ведь он карает ради предотвращения зла...».³⁴

Приложение: Сравнение мер пресечения за кражу (Грузия/Германия)

<p>Статья 177. Кража (Уголовный кодекс Грузии)</p> <p>1. Кража, то есть тайное завладение чужим движимым имуществом с целью противоправного присвоения, наказывается штрафом или ограничением свободы на срок от одного года до трех лет, либо лишением свободы на тот же срок.</p> <p>2. То же деяние:</p> <p>а. повлекшее значительный ущерб, б. совершенное с незаконным проникновением в помещение или здание, наказывается лишением свободы на срок от трех до пяти лет.</p> <p>3. То же деяние, совершенное:</p> <p>а. группой лиц по предварительному сговору, б. неоднократно, в. с незаконным проникновением в жилище, г. против транспортного средства, - наказывается лишением свободы на срок от четырех до семи лет.</p> <p>4. То же деяние, совершенное:</p> <p>а. организованной группой, б. в крупном размере, в. лицом, два или более раз судимым за противоправное присвоение или вымогательство чужого имущества, г. совершенное в отношении нефти или газа на магистральном трубопроводе, наказывается лишением свободы на срок от шести до десяти лет.</p> <p>Примечание:</p> <p>1. Крупным размером в настоящей главе Кодекса признается стоимость вещи (вещей) свыше 10 000 лари.</p> <p>2. Преступления, предусмотренные статьями 177-186 настоящего Кодекса, признаются совершенными неоднократно, если им предшествовало совершение какого-либо из преступлений, предусмотренных этими статьями и статьями 224, 231, 237 и 264 настоящего Кодекса.</p> <p>3. Значительным ущербом в настоящей главе Кодекса признается стоимость имущества свыше 150 лари.</p>	<p>§242 Кража (Уголовный кодекс ФРГ)</p> <p>(1) Изъятие движимого имущества у другого лица с целью противоправного присвоения или передачи третьему лицу наказывается лишением свободы на срок до пяти лет или денежным штрафом.</p> <p>(2) Попытка совершения такого деяния также наказуема.</p> <p>§243 Кража при отягчающих обстоятельствах</p> <p>(1) В особо тяжких случаях кража влечет за собой наказание в виде лишения свободы на срок от трех месяцев до десяти лет. Особо тяжкими случаями считаются:</p> <ol style="list-style-type: none"> вторжение в здание, служебное помещение или помещение предприятия или фирмы, либо другое закрытое помещение; незаконное проникновение с помощью поддельного ключа или другого инструмента, не предназначенного для отпираания замка обычным способом; прятанье в помещении; похищение имущества, которое специально защищено от незаконного изъятия путем хранения в герметичном контейнере или при помощи других приспособлений; совершение кражи в коммерческих целях; совершение кражи в церкви или другом здании или помещении, служащем для совершения религиозных обрядов, похищение предмета, предназначенного для богослужения или являющегося объектом религиозного поклонения; похищение предмета, представляющего важность с точки зрения науки, истории или технического развития, предмета, находящегося в общедоступной коллекции или экспонирующегося публично; совершение кражи, используя беспомощное положение другого лица, несчастный случай или общую опасность, или похищение личного огнестрельного оружия, для приобретения которого, согласно закону «Об оружии», необходимо специальное разрешение, включая пулемет, автомат, автоматическую или полуавтоматическую винтовку или военное оружие, в состав которого входят взрывчатые вещества в соответствии с определением, данным таким веществам законом «О контроле над военным вооружением». <p>(2) в случаях, предусмотренных абз. 1, предложение 2, № 1-6, особо тяжкие случаи исключаются, если деяние совершено относительно имущества, имеющего невысокую ценность.</p>
---	--

Уголовно-процессуальный кодекс Германии

© Translation juris GmbH Saarbrücken

lehre/Materialien_Sanktionen_Kap_02.pdf. Полный обзор системы уголовных санкций, принятых в Германии, см. в труде проф. Хайнца «Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 – 2010»: <http://www.uni-konstanz.de/rftf/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2010.pdf>.

³³ «... nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur». (Сенека, 1 – 65 гг. н.э., «О гневе» (De Ira), книга I, 19.7)

³⁴ Платон, «Диалоги» (324a4), цит. из: «Punishment and Its Rationales», в: Dubber & Kelman, «American Criminal Law», глава 1, стр. 18.

§153 [Отказ от уголовного преследования в связи с незначительностью деяния]

(1) Если предметом разбирательства является мелкое преступление, прокуратура, с согласия суда, в чьи полномочия входит начало основного производство по делу, может отказаться от уголовного преследования в том случае, если вина обвиняемого признана незначительной и уголовное преследование не представляет интереса для общества. Согласие суда не требуется, если за мелкое преступление не предусмотрена нижняя граница наказания и последствия деяния незначительны.

(2) Если обвинение уже предъявлено, суд может на любой стадии производства при наличии предположений, предусмотренных в абзаце 1, прекратить производство с согласия прокуратуры и обвиняемого. Согласие обвиняемого не требуется, если судебное разбирательство не может быть проведено по основаниям, указанным в § 205, или проводится в отсутствие обвиняемого в случаях, предусмотренных в § 231 (абз. 2) и §§ 232 и 233. Решение принимается в форме постановления. Постановление обжалованию не подлежит.

§153a [Прекращение производства по делу при выполнении обвиняемым требований и указаний]

(1) С согласия обвиняемого и суда, в чьи полномочия входит начало основного производства по делу, и при условии, что предметом производства является мелкое преступление, прокуратура может временно отказаться от предъявления публичного обвинения и предъявить обвиняемому определенные требования или указания, выполнение которых исключит общественный интерес в уголовном преследовании, если этому не препятствует тяжесть вины за совершенное деяние. В качестве таких требований или указаний могут рассматриваться:

1. меры по возмещению ущерба, причиненного деянием;
2. выплата денежной суммы в пользу благотворительной организации или в государственный бюджет;
3. совершение иных общественно-полезных действий;
4. выплата алиментов в определенном размере;
5. усилия обвиняемого, направленные на достижение соглашения с потерпевшим (соглашение о медиации между обвиняемым и потерпевшим), в результате которого обвиняемый может заглаживать свою вину полностью или частично, либо будет стремиться к достижению этой цели;
6. участие в курсе тренировки социальных навыков; или

7. участие в семинаре согласно § 2b (абз. 2 предл. 2) или § 4 (абз. 8 предл. 4) Федерального закона о дорожном движении.

(1) Прокуратура устанавливает срок выполнения обвиняемым требований и указаний, который не должен превышать шести месяцев в случаях, предусмотренных в предложении 2 (№ 1-3, 5 и 6), и одного года в случаях, предусмотренных в предложении 2 (№ 4 и 6). Позже прокуратура может отменить требования и указания или однократно продлить их срок на три месяца; с согласия обвиняемого, прокуратура может назначать и изменять требования и указания. В случае выполнения требований и указаний обвиняемым, деяние не может преследоваться как мелкое преступление. В случае невыполнения им требований и указаний, выплаты, которые обвиняемый уже осуществил для их выполнения, не возмещаются. § 153 (абз. 1 предл. 2) применяется соответственно в случаях, предусмотренных в предложении 2 (№ 1-6). § 246a (абз.2) применяется с учетом необходимых изменений.

(2) Если публичное обвинение уже предъявлено, суд, с согласия прокуратуры и обвиняемого, может временно прекратить производство до окончания судебного разбирательства, в рамках которого могут быть установлены фактические обстоятельства, и предъявить обвиняемому требования или указания согласно абзацу 1 (предл. 1 и 2). Абзац 1 (предл. 3-6) применяется соответственно. Решение согласно предложению 1 принимается в форме постановления. Постановление обжалованию не подлежит. Предложение 4 также применяется, если установлено, что предъявленные согласно предложению 1 требования и указания выполнены.

(3) Во время срока, отведенного на выполнение требований и указаний, течение срока давности приостанавливается.

(4) В случае, предусмотренном абзацем 1 (предл. 2, №6) во взаимосвязи с абзацем 2, §153b применяется соответственно при условии, что личные данные участников уголовного судопроизводства, не относящиеся к обвиняемому, предоставляются органу, ответственному за организацию курса тренировки социальных навыков, только с согласия указанных лиц. Первое предложение применяется соответственно, если указание об участии в курсе тренировки социальных навыков дается во исполнение других положений уголовного законодательства.

Новые вызовы в системе условно-досрочного освобождения в Европе

I. Введение

Эффективность работы системы условно-досрочного освобождения (УДО) напрямую связана с наличием полноценной системы уголовного правосудия. На фоне роста численности заключенных, наблюдавшегося за последнее десятилетие в большинстве европейских стран возрастает роль системы УДО в плане уравнивания численности заключенных и предупреждения рецидивной преступности. С этой точки зрения важно определить основные проблемы, существующие в системе УДО в различных странах Европы.

Хотя УДО зарекомендовало себя как наиболее оптимальная система досрочного освобождения по сравнению с амнистией и помилованием, в разных странах Европы эта система организована и действует по-разному на основе определенных стандартов. В настоящей статье рассматриваются основные аспекты, связанные с работой системы УДО в европейских странах, с целью анализа существующих недостатков и передовой практики и их сравнения со стандартами, установленными Советом Европы в своих рекомендациях.

II. Обзор проблем, связанных с системой УДО

Законодательство и политика в области УДО имеют жизненно важное значение в плане санкционирования и проведения ареста, демонстрируя, действительно ли ограничение карательных полномочий в государстве с конституционным строем измеряется более широкими принципами, служащими цели наказания.²

Перенаселенность тюрем, которая является основной проблемой во многих странах, подталкивает правительства к обсуждению политики применения уголовных санкций, не связанных с лишением свободы,

с целью снижения численности заключенных. Одним из приоритетов такой международной организации как Совет Европы (СЕ) является оказание содействия в снижении численности заключенных в местах лишения свободы и поддержка их ресоциализации. В этой связи в государствах-членах СЕ большое значение придается наличию действенной системы УДО, которая должна быть частью системы уголовного правосудия. Примечательно, что в предисловии к Рекомендации № R(99)22 Комитета министров Совета Европы «О проблеме переполнения тюрем и увеличения числа лиц, находящихся под стражей», указано, что переполненность тюрем и увеличение числа заключенных представляют собой основную проблему для тюремных администраций и системы уголовного правосудия в плане защиты прав человека и эффективного управления исправительными учреждениями.

Комитет министров Совета Европы (КМ СЕ) принял специальные рекомендации в поддержку создания и управления эффективной системой УДО. Следует отметить, что в своей рекомендации № R(2003)22 «Об условно-досрочном освобождении» КМ СЕ выделяет две основные системы УДО в Европе: систему дискреционного условно-досрочного освобождения и систему обязательного или автоматического условно-досрочного освобождения.

Согласно системе дискреционного условно-досрочного освобождения, минимальный срок, который заключенный должен отбыть до условно-досрочного освобождения, устанавливается законом.³ Такая система, основанная на индивидуальной оценке, применяется в Австрии, Хорватии, Эстонии, Венгрии, Польше, Российской Федерации, Словении, Испании и Чешской Республике.⁴ На основании действующего законодательства и практики, Грузия также относится к этой группе государств.

В соответствии с системой обязательного условно-досрочного освобождения, срок заключения, предшествующий УДО, определяется заранее. УДО может быть отсрочено только при исключительных обстоятельствах, определенных законом. Кроме того, в случае отсрочки назначается новая дата УДО. Подобная система действует в Англии и Уэльсе, Финляндии, Греции, Швеции и Турции.⁵

УДО должно регулярно применяться в обычных случаях и может быть исключено лишь при наличии отрицательных ожиданий в отношении заключенного. Подобная практика преобладает в Бельгии, Дании и Швейцарии. Например, в Швеции заключенный под-

¹ Руководитель проекта в Совете Европы (Страсбург, Франция), с 2013 г. кандидат наук (Свободный университет Амстердама, Нидерланды), 2008-2009 гг. магистр европейского права (Эссекский университет, Великобритания), 1994-1999 гг. бакалавр/магистр права (ТГУ, Грузия), с 2013 г. доцент (Восточно-Европейский университет (ЕЕУ), Грузия), в 2011-2015 гг. приглашенный лектор (ТГУ, Грузия).

² D. van Zyl Smit and S. Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*, Oxford University Press Inc., Нью-Йорк, 2011 г., стр. 316.

³ Рекомендация № Rec(2003)22 КМ СЕ «Об условно-досрочном освобождении», пункт 16.

⁴ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, *Release from Prison, European Policy and Practice*, Willan Publishing, США, 2010 г., стр. 420.

⁵ Там же.

лежит условно-досрочному освобождению после отбытия двух третей срока заключения при отсутствии каких-либо препятствующих обстоятельств. Начиная с 1 января 2007 года, одним из таких обстоятельств считается нарушение условий УДО, ведущее к его отмене.⁶

В системе уголовного правосудия Франции имеет несколько интересных элементов. Вместо представления веских доказательств своей ресоциализации заключенный должен лишь продемонстрировать свое изменение в лучшую сторону. Во Франции обычный заключенный может быть освобожден по УДО после отбытия половины срока, а рецидивист – после отбытия двух третей срока заключения. При принятии решения об УДО большое значение придается наличию у заключенного ребенка младше 10 лет, который проживал с ним до ареста. Подобный подход способствует укреплению семейных связей и смягчает негативные аспекты заключения. В таких случаях минимальный срок, который заключенный должен отбыть до УДО, не определяется, так как заключенный может быть освобожден в максимально короткий срок. Однако следует отметить, что подобный подход нечасто применяется на практике. Такие ориентированные на интересы семьи правила УДО также действуют в Италии.⁷

Законодательство Грузии устанавливает минимальные сроки заключения за совершение преступлений различной степени тяжести, которые необходимо отбыть до условно-досрочного освобождения. В частности, в случае мелкого преступления – это половина срока, в случае тяжкого преступления – две трети срока, а в случае особо тяжкого преступления – три четверти срока. Лицам, освобожденным по УДО, которое позже было отменено ввиду регулярного нарушения ими своих обязательств или совершения неосторожного или умышленного преступления, также полагается отбыть три четверти срока.⁸ Грузинское законодательство предусматривает совершенно иной подход в отношении несовершеннолетних заключенных. В частности, эта категория лиц обязана отбыть одну треть срока за совершение мелких преступлений, половину срока – за совершение тяжких преступлений и две трети срока за совершение особо тяжких преступлений.⁹

В европейских странах рассмотрением дел и принятием решений об УДО занимаются различные органы. Не все страны следуют германской модели, где решение принимает независимый суд. Например, в Бельгии решение об УДО в отношении лиц, пробывших в заключении до трех лет, принимает тюремная

администрация; во всех иных случаях решение принимает суд, ответственный за исполнение приговора и состоящий из трех членов: судьи, эксперта по социальной интеграции и эксперта по пенитенциарным вопросам. В некоторых странах Европы (Дании, Финляндии, Швеции и Швейцарии) в одних случаях решение об УДО принимается тюремной администрацией, а в других – соответствующей структурной единицей Министерства юстиции. В Англии и Уэльсе действуют комиссии по УДО, в состав которых, как и в Бельгии, входят представители различных профессий. В других странах учрежден специализированный институт судьи или трибунал (напр., в Хорватии, Франции, Германии, Венгрии, Италии, Польши, Словении и Испании). Лишь в нескольких странах (Чешской Республике, Эстонии, Греции и Литве) принимать решения по УДО уполномочены суды первой инстанции. Наиболее уникальная система действует в Нидерландах, где решение принимается государственным прокурором.¹⁰

На протяжении последнего десятилетия в Грузии были испытаны пять систем УДО. Недавно вошедшие в Кодекс о тюремном заключении изменения (01.05.2015) предоставили комиссиям по УДО полномочия по рассмотрению ходатайств об УДО. В Грузии действуют пять комиссий по УДО, в том числе комиссия по делам несовершеннолетних и комиссия по делам женщин-заключенных.¹¹ Для полноценной работы системы УДО важно выяснить то, рассматривает ли принимающий решения орган ходатайства об УДО автоматически, или только в случае особого обращения. В Германии дело заключенного, почти отбывшего две трети срока, передается комиссии, ответственной за исполнение приговоров. В других странах эту функцию также может выполнять тюремная администрация (как в Болгарии, Хорватии, Дании, Греции, Исландии, Ирландии, Италии, Латвии, Польше, Словакии, Испании и Турции), либо прокуратура (как в Болгарии, Чешской Республике, Франции, Словакии и Турции).¹²

Рекомендация № REC(2003)22 КМ СЕ гласит, что соответствующие государственные органы обязаны начать процедуры, необходимые для безотлагательного принятия решения об УДО после отбытия заключенным минимального срока.¹³ Согласно указанной норме, органы власти обязаны принять необходимые

⁶ Там же, стр. 421.

⁷ Там же.

⁸ Кодекс Грузии о тюремном заключении, статья 40.1.

⁹ Там же, статья 40.2.

¹⁰ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Release from Prison, European Policy and Practice, Willan Publishing, США, 2010 г., стр. 425.

¹¹ Приказ министра Грузии по исполнению наказаний №69 (02.05.2014) «О внесении поправок в Приказ № 151 Министерства Грузии по исполнению наказаний, probation и юридической помощи «О численном составе, территориальной компетенции и типовом уставе местного совета»».

¹² N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Release from Prison, European Policy and Practice, Willan Publishing, США, 2010 г., стр. 425.

¹³ Пункт 17.

меры и обеспечить всестороннее рассмотрение ходатайства об УДО, начиная с его представления в компетентный орган и до немедленного освобождения заключенного в случае положительного решения и перевода дела в контрольный орган. Законодательство, которое действовало в Грузии до 1 января 2013 года, не соответствовало указанному стандарту, так как обязанность представления ходатайства в комиссию по УДО лежала на самом заключенном, его адвокате/законном представителе или близком родственнике. На основании изменений, вошедших в Кодекс Грузии о тюремном заключении в 2012 году, указанная практика была отменена, и обязанность по подготовке ходатайства и его направлению в соответствующий орган для рассмотрения была возложена на тюремную администрацию.¹⁴

Почти во всех странах Европы правонарушители имеют схожие процессуальные права в отношении представления ходатайств об УДО. В большинстве стран осужденные имеют право быть выслушанными, и почти во всех странах они имеют право на участие в процессе (рассмотрении или устном разбирательстве их ходатайств). Право на получение доступа к материалам дела (в некоторых случаях косвенно, через адвоката) гарантировано во многих странах за исключением Болгарии, Хорватии, Кипра, Литвы, Латвии, Мальты, Польши, Португалии, Словакии и Турции, однако все осужденные получают информацию о результатах рассмотрения их ходатайств.¹⁵ В Грузии также применяется положительная практика, и благодаря внедрению системы комиссий по УДО, осужденные получили право принимать участие в устном разбирательстве и быть представленными на них своим адвокатом/законным представителем.¹⁶ Хотя материалы дела предоставляются сторонам (в том числе осужденным и/или их адвокатам и/или законным представителям) за пять дней до начала устного разбирательства,¹⁷ осужденный не имеет доступа к информации, которую тюремная администрация направляет в комиссию по УДО на предварительное рассмотрение (до принятия решения о проведении устного разбирательства или об отклонении ходатайства).

Во всех европейских странах, за исключением Швеции, устанавливается срок, ограничивающий повторное обращение с представлением по одному и тому же делу. В Бельгии, Португалии, Румынии, Шотландии, Словакии и Чешской Республике максимальная продолжительность этого срока составляет

один год. В большинстве европейских стран продолжительность этого срока составляет один, три или шесть месяцев.¹⁸ В Грузии ходатайство об УДО может рассматриваться раз в полгода (за исключением случаев, когда срок заключения, который следует отбыть до УДО, не превышает шести месяцев и/или при наличии каких-либо исключительных обстоятельств), а в делах несовершеннолетних такие ходатайства должны рассматриваться раз в три месяца.¹⁹

Примечательно, что в своем прецедентном праве Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) уделяет особое внимание срокам пересмотра ходатайств об УДО и, к примеру, в деле «Херст против Соединенного Королевства» (*Hirst v. UK*)²⁰ отмечает, что оценка опасности осужденного для общества должна осуществляться с разумной периодичностью, а интервал в два года между такими оценками, представляется слишком длинным.²¹

При обсуждении системы УДО важно учитывать фактор лиц, приговоренных к пожизненному заключению. В своей рекомендации № REC(2003)23 «Об осуществлении исполнения наказания в виде пожизненного заключения и других длительных сроков заключения администрациями мест лишения свободы», КМ СЕ подчеркивает, ссылаясь при этом на свою рекомендацию № REC(2003)22,²² что указанной категории заключенных должно предоставляться право на досрочное освобождение.

Пожизненное заключение без права на УДО не должно применяться ни к каким категориям заключенных. Федеральный конституционный суд Германии признал в деле «О пожизненном заключении»,²³ что насильственное лишение человека свободы без единого шанса на ее обретение было бы несовместимо со статьей конституции о соблюдении человеческого достоинства.²⁴

В разных странах установлены различные условия отбытия пожизненного заключения и условия УДО. Например, в Германии заключенный, отбывающий

¹⁸ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, *Release from Prison, European Policy and Practice*, Willan Publishing, США, 2010 г., стр. 426-427.

¹⁹ Кодекс Грузии о тюремном заключении, статья 42.6.

²⁰ «Херст против Соединенного Королевства» (*Hirst v. United Kingdom*), жалоба № 40787/98, постановление от 24.07.2001.

²¹ D. van Zyl Smit and S. Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*, Oxford University Press Inc., Нью-Йорк, 2011 г., стр. 332.

²² Рекомендация № REC (2003)23 КМ СЕ «Об осуществлении исполнения наказания в виде пожизненного заключения и других длительных сроков заключения администрациями мест лишения свободы», пункт 34.

²³ Представление районного суда Вердена в Федеральный конституционный суд Германии в связи с делом Детлева Р. (1977 г.), см. на сайте <http://www.hrcr.org/safrica/dignity/45bv erfge187.html>

²⁴ N. Flatow, *Top European Human Rights Court Deems Life in Prison without Parole Inhuman and Degrading*, 10.07.2013, см. на сайте <http://thinkprogress.org/justice/2013/07/10/2282321/top-european-human-rights-court-deems-life-in-prison-without-parole-inhuman-and-degrading/>

¹⁴ Кодекс Грузии о тюремном заключении, статья 42.1

¹⁵ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, *Release from Prison, European Policy and Practice*, Willan Publishing, США, 2010 г., стр. 426.

¹⁶ Приказ № 151 (28.10.2010) Министерства Грузии по исполнению наказаний, пробации и юридической помощи «О численном составе, территориальной компетенции и типовом уставе местного совета», статья 13.2.

¹⁷ Там же, статья 13.3

пожизненный срок, может быть освобожден условно-досрочно, пробыв в заключении не менее 15 лет. В Англии и Уэльсе действует минимальный срок в 14 лет,²⁵ а Грузии ходатайство об условно-досрочном освобождении приговоренного к пожизненному заключению может рассматриваться лишь после отбытия им 20 лет.²⁶

ЕСПЧ проанализировал, нарушает ли отсутствие права на УДО статью 3 Европейской конвенции о правах человека. В деле «Эйнхорн против Франции» (*Einhorn v. France*) суд отметил, что вынесение приговора о пожизненном заключении без возможности его замены другим приговором может поднять вопрос о нарушении права, гарантированного статьей 3 Конвенции.²⁷

В деле «Кафкарис против Кипра» (*Kafkaris v. Cyprus*) ЕСПЧ предстояло решить, имело ли место нарушение статьи 3 Конвенции, ввиду того, что заявитель был лишен возможности освобождения. Однако суд уклонился от данного вопроса, заявив, что на основании узкого толкования различных фактов невозможно было утверждать, что Кафкарис был лишен возможности освобождения.²⁸ В данном деле суд несколько раз указал, что при наличии несократимого наказания в будущем он признает нарушение статьи 3 Конвенции. Можно положиться на заявление суда о том, что «для целей статьи 3 достаточно того факта, что пожизненное заключение является сократимым де-юре и де-факто».²⁹ Данная позиция была далее подкреплена в Совпадающем мнении судьи Братца, согласно которому «настало время, когда Суд должен четко заявить, что назначение несократимого пожизненного заключения, даже для взрослых преступников, в принципе, несовместимо со статьей 3 Конвенции».³⁰ Эта мысль была также поддержана ЕСПЧ, который заявил, что принципы системы «пожизненного заключения», согласно которой в Англии и Уэльсе лицо может быть приговорено к пожизненному заключению без права на досрочное освобождение в соответствии со статьей 269(4) закона «Об уголовном правосудии», могут считаться бесчеловечным и унижающим достоинство обращением или наказанием, нарушающим статью 3 Европейской конвенции о правах человека.³¹

В своей рекомендации № REC(2003)23 КМ СЕ пошел дальше, установив, что если вследствие отмены условного освобождения заключенные с наказанием в виде пожизненного заключения возвращаются в тюрьму, необходимо пересмотреть соответствующие программы, направленные на подготовку таких заключенных к адаптации в обществе.³² В этой связи примечательным является дело ЕСПЧ «Стаффорд против Соединенного Королевства» (*Stafford v. UK*),³³ в котором заявитель, приговоренный к пожизненному заключению за убийство, был освобожден условно-досрочно. После возвращения в общину он совершил ненасильственное преступление, не связанное с предыдущим преступлением, и был вновь приговорен к тюремному заключению. В этой связи возник вопрос о том, следует ли продлевать срок заключения заявителя за нарушение им условий УДО после того, как он отбудет срок заключения за второе преступление. Суд постановил, что мошенничество, как преступление не связанное с насилием, не должно вести к продлению срока заключения за убийство, совершенное ранее.³⁴

В последние годы основное внимание уделялось превентивным мерам и процессу вынесения приговора, а вопрос возвращения заключенных, освобожденных по УДО, в места лишения свободы, отошел на задний план. Технически этот вопрос не должен быть отделен от политики и практики вынесения приговора: контекст условно-досрочного освобождения невозможно должным образом оценить без понимания закона, регулирующего вопрос возвращения заключенных в тюрьму, а также практики, применяемой в случае нарушения условий УДО.³⁵

Европейские правила пробации призывают власти к тому, чтобы полностью информировать заключенных о существующих в их отношении требованиях, об обязанностях и функциях персонала службы пробации и последствиях несоблюдения условий УДО.³⁶ При принятии решения об условиях УДО и необходимости надзора, принимающий решение орган должен иметь в своем распоряжении отчеты, в том числе содержащие устные показания сотрудников, знакомых с осужденными, а также информацию о личных обстоятельствах осужденных.³⁷ Принимающий решение

²⁵ Там же, стр. 44.

²⁶ Кодекс Грузии о тюремном заключении, статья 40.6.

²⁷ «Эйнхорн против Франции» (*Einhorn v. France*), жалоба № 71555/01, постановление от 16.10.2011, пункт 27.

²⁸ D. van Zyl Smit and S. Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, Penology and Human Rights, Oxford University Press Inc., Нью-Йорк, 2011 г., стр. 331

²⁹ «Кафкарис против Кипра» (*Kafkaris v. Cyprus*), жалоба № 21906/04, постановление от 12.02.2008, пункт 98

³⁰ Там же, Совпадающее мнение судьи Братца (без выделения пунктов).

³¹ «Винтер и другие против Соединенного Королевства» (*Vinter and Others v. UK*), жалобы №№66069/09, 130/10 и 3896/10, постановление от 09.07.2013, см. на сайте <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2013/645.html>

³² Пункт 35.

³³ «Стаффорд против Соединенного Королевства» (*Stafford v. United Kingdom*), жалоба №46295/99, постановление от 28.05.2002.

³⁴ D. van Zyl Smit and S. Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, Penology and Human Rights, Oxford University Press Inc., Нью-Йорк, 2011 г., стр. 333

³⁵ B. Weaver, C. Tata, M. Munro, M. Barry, «The Failure of Recall to Prison: Early Release, Front-Door and Back-Door Sentencing and the Revolving Prison Door in Scotland», *European Journal of Probation*, том 4, №1, 2012 г., стр. 85-98, см. на сайте www.ejprob.ro

³⁶ Рекомендация № Rec(2010)1 КМ СЕ «О правилах Совета Европы о пробации», правило 86.

³⁷ Рекомендация № Rec(2003)22 КМ СЕ «Об условно-досроч-

орган обязан удостовериться в том, что осужденные понимают установленные условия, информированы о предоставляемой им помощи, о требованиях контроля, а также о возможных последствиях несоблюдения этих условий.³⁸

В Европейских правилах probation подчеркивается ответственность сотрудников службы probation в случае нарушения осужденными условий УДО. В частности, в случае нарушения осужденными какого-либо условия, сотрудники службы probation должны реагировать активно и оперативно с учетом всех обстоятельств, приведших к несоблюдению данных условий.³⁹

В случае незначительных нарушений компетентный исполнительный орган должен вынести предупреждение или дать рекомендации осужденному. Все случаи серьезных нарушений должны быть незамедлительно доведены до сведения органа, который может вынести решение об отмене условно-досрочного освобождения (в большинстве случаев это суд). Однако данный орган должен решить, будут ли новое предупреждение, очередные рекомендации, установление более строгих условий или временная отмена УДО являться достаточным наказанием.⁴⁰ При рассмотрении возможности отмены наказания или других мер, не связанных с лишением свободы, необходимо адекватно оценить, как и в какой мере правонарушитель соблюдал установленные условия и обязанности.⁴¹ Орган власти, выносящий судебные решения, может принять постановление об изменении или частичной или полной отмене наказания или иных мер лишь после детального изучения фактов, доведенных до его сведения исполняющим приговор органом.⁴²

Решение об отмене наказания или иных мер, не связанных с лишением свободы, не должно в обязательном порядке вести к принятию решения о лишении свободы.⁴³ Важной правовой гарантией является то, что до принятия решения об изменении, либо частичной или полной отмене наказания или иных мер, не связанных с лишением свободы, выносящий судебные решения орган обязан убедиться в том, что правонарушителю была предоставлена возможность ознакомиться с соответствующими документами, и сделать свои замечания по поводу вменяемого ему в вину нарушения установленных условий или обязанностей.⁴⁴

Положение о праве осужденного обратиться в судебный или иной независимый компетентный орган в случае изменения или отмены меры наказания, несвязанной с лишением свободы, подробно описано в Правилах Совета Европы о probation, согласно которым национальное законодательство должно предусматривать четкие, понятные и эффективные процедуры рассмотрения и реагирования на жалобы, касающиеся практики probation.⁴⁵ Кроме того, во всех случаях заявитель должен быть информирован о ходе и результатах рассмотрения жалобы.⁴⁶

В Испании основанием для отмены УДО является повторное нарушение закона и нарушение обязательств по лицензии.⁴⁷ Однако под повторным нарушением закона подразумевается совершение нового уголовного преступления, а не мелкого правонарушения.⁴⁸ В случае повторного помещения условно освобожденного лица под стражу за совершение нового преступления или в связи со старым преступлением, испанское прецедентное право предусматривает как отмену, так и приостановление действия УДО, так как УДО очевидно несовместимо с лишением свободы. Тем не менее, судьи, осуществляющие контроль над исполнением приговора, в ряде случаев принимают решение в пользу приостановления действия УДО (напр.: *Audencia Provincial Barcelona* (seccion 9), Auto 24.07.2006, JUR 2007/12441; *Audencia Provincial Baleares* (seccion 2^a), Auto 99/2005, 24.05, JUR 2005/14266; *Audiencia Provincial Cantabria* (seccion 1^a), Auto 99/2003, 08.10, JUR 2004/56196). Кроме того, несмотря на отсутствие законного обязательства информировать условно освобожденного о возможной отмене УДО, судьи имеют право предоставить условно освобожденному лицу возможность выдвинуть возражения против отмены УДО.⁴⁹

В 2008 году в Нидерландах вместо системы досрочного освобождения были внедрены механизмы УДО.⁵⁰ Новое законодательство расширило задачи прокуратуры в связи с УДО, так как теперь в обязанности прокурора входит принятие решений об особом probationном режиме и об организации и осуществлении probationного надзора. Если probationер нарушает установленные условия, прокурор обязан принять соответствующие меры, вплоть до отмены УДО и возвращении probationера в тюрьму для от-

ном освобождении», правило 25.

³⁸ Там же, правило 26.

³⁹ Рекомендация № Rec(2010)1 КМ СЕ «О правилах Совета Европы о probation», правило 87.

⁴⁰ Рекомендация № Rec(2003)22 КМ СЕ «Об условно-досрочном освобождении», правило 30.

⁴¹ Рекомендация № R(92)16 КМ СЕ «О европейских правилах по общим санкциям и мерам», правило 85.

⁴² Там же, правило 82.

⁴³ Там же, правило 86.

⁴⁴ Там же, правило 83.

⁴⁵ Рекомендация № Rec(2010)1 КМ СЕ «О правилах Совета Европы о probation», правило 99.

⁴⁶ Там же, правило 101.

⁴⁷ Уголовный кодекс Испании, статья 93.1.

⁴⁸ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, *Release from Prison, European Policy and Practice*, Willan Publishing, США, 2010 г., стр. 373

⁴⁹ J. Cid, B. Tebar, «Revoking early conditional release measures in Spain, *European Journal of Probation*», том 4, №1, 2012 г., стр. 112-124), www.ejprob.ro

⁵⁰ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, *Release from Prison, European Policy and Practice*, Willan Publishing, США, 2010 г., стр. 300.

бытия оставшегося срока.⁵¹

Согласно законодательству Нидерландов, судья обязан принять решение о том, следует ли приостановить действие УДО, воздержаться от его применения или отменить его, хотя выдвигались предложения о том, чтобы возложить эти обязанности на прокурора в сочетании с возможностью обжалования его решения в суде. С целью введения в действие закона, соответствующего статьям 5 и 6 Европейской конвенции по правам человека, правительство Нидерландов выбрало модель, согласно которой, в случае невыполнения или нарушения установленных условий УДО, полномочия по принятию решений возлагаются на судью.⁵²

Если прокурор убежден в существовании оснований для приостановления действия УДО на определенный срок или его отмены, прокуратура обязана безотлагательно направить письменное представление по данному вопросу в суд. К представлению должны прилагаться все документы, связанные с делом. Осужденный остается в тюрьме до вынесения решения судом. УДО может быть приостановлено на определенный срок, либо полностью отменено после приостановления. Хотя суд выносит решение в ходе открытого разбирательства, это решение не подлежит обжалованию.⁵³

Согласно законодательству Грузии, в случае нарушения осужденным установленного режима, уполномоченное лицо бюро пробации составляет протокол об административном правонарушении, который передается осужденному непосредственно или отправляется по почте. Протокол об административном правонарушении устанавливает штраф, который осужденный обязан уплатить в 30-дневный срок после ознакомления с протоколом.

Нарушение осужденным установленного режима влечет за собой штраф в размере 100 лари (40 евро); нарушение, совершенное повторно в течение одного года после первого нарушения, влечет за собой штраф в размере 200 лари (80 евро); нарушение, совершенное в третий раз и более в течение одного года после последнего нарушения влечет за собой штраф в размере 300 лари (120 евро). Нарушение осужденным установленного режима в третий раз и более также может стать основанием для обращения уполномоченного лица бюро пробации с представлением в суд. Невыполнение осужденным своих обязанностей может повлечь за собой обязательство/

предупреждение об уплате штрафа, либо изменение или ужесточение установленного режима. Соответствующее представление вносится в суд по месту жительства осужденного.

Определение об удовлетворении представления или отказе в его удовлетворении суд выносит в месячный срок после подачи представления.⁵⁴

В отличие от законодательства Испании и Нидерландов, законодательство Грузии не предусматривает участия прокурора в процессе отмены УДО. Это бремя ложится на автора представления (начальника бюро пробации), что может вызвать проблемы, так как согласно изменениям, внесенным в закон Грузии «О порядке исполнения наказаний, не связанных с заключением под стражу, и пробации» в 2009 году, требование о наличии у начальника бюро пробации высшего юридического образования было отменено.⁵⁵

III. Заключение

На основе анализа систем УДО, действующих в различных странах Европы, и изучения стандартных правил, установленных СЕ, можно сделать вывод о том, что системы УДО сталкиваются с серьезными проблемами, которые необходимо преодолеть с целью обеспечения их эффективной работы и справедливого разбирательства дел.

Анализ законодательства и практики европейских стран отчетливо демонстрирует необходимость принятия серьезных мер для определения обстоятельств, исключающих УДО, и предоставления соответствующей информации заключенным.

Другой вопрос касается права на доступ к материалам, предоставляемым органам, принимающим решение об УДО. Для соблюдения права на справедливое судебное разбирательство важно обеспечить доступ ко всем материалам, касающимся заключенного, с самого начала процесса подачи/рассмотрения ходатайства об УДО. Это позволит обеспечить равноправие и справедливое рассмотрение ходатайства.

Срок в один год, который отводится для пересмотра ходатайства об УДО (в ряде европейских стран), представляется слишком длинным, а отсутствие определенного срока для пересмотра (как в Швеции) является неприемлемым и может отрицательно сказаться на выполнении заключенным индивидуального плана действий. Что же касается отклонения ходатайства об УДО тогда, когда до окончания срока заключения остается менее года, то такие случаи мо-

⁵¹ Примеры национального законодательства и процедур, связанных с условно-досрочным освобождением, и меры, связанные с лишением свободы, Европейский комитет по проблемам преступности, Совет Европы, Страсбург, 2013 г., стр. 17, см. на сайте www.coe.int

⁵² E. Julsing-Nijenhuis, Voorwaardelijke invrijheidstelling, Kluwer, 2009 г., стр. 51.

⁵³ Уголовный кодекс Нидерландов, статьи 15(e)(11), 15(e)(2), 15(d)(7), 15(f)(5).

⁵⁴ Закон Грузии «О порядке исполнения наказаний, не связанных с заключением под стражу, и пробации», статьи 12(5), 12(7), 12(8), 12(8¹), 12(8²), 12(9), 12(9), 21(2), 21(3)

⁵⁵ Закон Грузии №1993 (03.11.2009) «О внесении изменений и дополнений в закон Грузии «О порядке исполнения наказаний, не связанных с заключением под стражу, и пробации»», грузинская версия доступна на сайте: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/90334>

гут быть демотивирующими и вызвать серьезные проблемы в поведении заключенного.

Пожизненный приговор не всегда должен означать реальное пожизненное заключение. Каждый пожизненно приговоренный должен иметь право на обретение свободы. При рассмотрении дел этой категории заключенных необходимо использовать четкие процедуры и критерии.

Соответствующие должностные лица должны удостовериться в том, что условно освобожденные лица понимают установленные условия, информированы о предоставляемой им помощи, о требованиях контроля, а также о возможных последствиях несоблюдения этих условий. Они также обязаны следить за тем, чтобы заключенные вовремя получали всю необходимую информацию до условно-досрочного освобождения. Это должно помочь досрочно освобожденным лицам избежать проблем с соблюдением условий УДО.

И последним, но не менее важным, является вопрос о создании четких критериев оценки уровня рецидивной преступности среди условно освобожденных лиц и принятия решений об отмене УДО. Анализ правовых норм в странах Европы позволил выявить общую главную проблему, которая характерна для Нидерландов, Испании и Грузии, а именно: отсутствие специальных критериев для отмены УДО. В каждом отдельном случае решение об отмене УДО принимает суд (судья), а в отсутствие конкретных критериев это решение зависит от субъективного мнения.

Европейским странам следует ориентироваться на прецедентное право ЕСПЧ, согласно которому, совершение ненасильственного преступления не должно караться длительным заключением только из-за того, что лицо ранее совершило тяжкое или особо тяжкое преступление (дело «Стаффорд против Соединенного Королевства» (*Stafford v. UK*)).

Кроме того, недостатком нидерландской системы является невозможность оспорить решение суда, а испанская система не позволяет заключенному присутствовать при устном разбирательстве без разрешения судьи. Серьезной проблемой, существующей в Грузии, остается подготовка досудебных отчетов для судей, которые призваны упростить процесс принятия решений, особенно если судья сомневается в отчетах, представленных администрациями исправительных учреждений.

Грузинская реальность свидетельствует о необходимости пересмотра процедуры подачи ходатайства об отмене УДО в суд. В частности, следует поручить эту функцию прокуратуре, либо внести в законодательство изменения, предусматривающие требование о наличии высшего юридического образования и соответствующей подготовки у начальника бюро probation.

Еще один вопрос, который требует дополнительного исследования и всестороннего изучения, заключается в том, что осужденный, в отношении которого отменено решение об УДО, лишается стимула к «исправлению», так как у него меньше шансов на повторное УДО. Требование о социальной реинтеграции [заключенных] соответствует самопониманию общества, которое придает центральное значение человеческому достоинству и которое привержено принципу социальной справедливости. Заключенному необходимо предоставить возможность для возвращения в общество после искупления вины за свое преступление. Государство обязано принять все возможные меры для достижения этой цели уголовного наказания.

Исследование проблемы насилия подростков над родителями

I. Введение

Несмотря на свою важность, вопрос насилия подростков над родителями практически не изучен. Можно смело сказать, что насилие над родителями является наименее изученной формой семейного насилия. Этот факт можно объяснить тем, что исследования в области семейного насилия в основном сосредоточены на супружеском насилии и насилии над детьми.² Другое объяснение, по мнению некоторых исследователей, состоит в том, что, насилие над родителями является наиболее темной и тайной стороной семейных отношений, которая настолько сильно нарушает социальные нормы, что обществу трудно признать ее существование.³ Скрытый характер насилия над родителями еще больше усложняет изучение этой проблемы. Как справедливо спрашивает Аманда Хольт: «Как можно узнать что-либо о явлении, которому мы затрудняемся даже дать название? А если названия не существует, тогда, как людям выразить то, что они пережили и поделиться своим опытом?»⁴ Несмотря на слабую изученность проблемы насилия над родителями, существуют доказательства того, что такого рода насилие в основном происходит в семьях, где применяются другие формы насилия, например, насилие над матерью со стороны партнера.⁵ Этот факт рождает вопрос о том, как насилие подростков над родителями связано с насилием со стороны партнера.

Следовательно, цель данной статьи состоит в том, чтобы оценить справедливость утверждения, что «насилие подростков над родителями отражает более сложные аспекты семейных отношений и представляет большую трудность для системы правосудия, чем наси-

лие со стороны партнера».⁶ Для этого я начну свое исследование с краткого исторического обзора проблемы насилия над родителями. Затем последует обсуждение того, что такое насилие над родителями и какие сходства и различия можно проследить в динамике насилия со стороны партнера и насилия подростков над родителями. В последней части статьи анализируется то, какие трудности насилие над родителями представляет для системы правосудия. В статье содержится заключение о том, что насилие подростков над родителями отражает более сложные аспекты семейных отношений и представляет большую трудность для системы правосудия, чем семейное насилие. Помимо этого, необходимо указать, что под терминами подростки и молодежь, использованными в данной статье, подразумеваются лица в возрасте от 10 до 18 лет.

II. Краткий исторический обзор проблемы насилия подростков над родителями

Как указывалось выше, проблема насилия над родителями является более скрытой и незаметной, чем другие формы семейного насилия. Однако у нее есть своя короткая история, которая началась в 1979 году, когда Харбин и Мэдден первыми заметили, что «насилие над родителями, в отличие от насилия над детьми и женами, имеет явную интрапсихическую, межличностную и структурную динамику».⁷ Кроме того, эти ученые предложили определение насилия над родителями, которое они описали как действие, содержащее «непосредственно физическое насилие или вербальные и невербальные угрозы нанесения физического вреда».⁸ В 1982 г. Корнелл и Жиль отметили, что насилие над родителями было возможным «недостающим звеном» между насилием над супругами и насилием над детьми.⁹ В конце 1980-х годов Эгню и Хагюлей провели исследование с целью изучения «масштабов, социально-демографических корреляций и причин нападения на родителей».¹⁰ Они пришли к выводу о том, что несколько факторов, обуславливающих семейное насилие, таких как наличие склонных к насилию друзей, одобрительное отношение к преступлениям, степень привязанности к родителям и цвет кожи (белые подростки чаще склонны к насилию над родителями, чем чернокожие), были напря-

¹ Глава отдела международных отношений при Верховном совете юстиции Грузии, магистр уголовного права, Тбилисский государственный университет им. Ивана Джавахишвили; магистр криминологии и уголовного права, Оксфордский университет

² Timothy Brezina, "Teenage Violence Toward Parents as an Adaptation to Family Strain: Evidence from a National Survey of Male Adolescents" (1990) 30(4) Youth Society, стр. 416, 417.

³ Sesha Kethineni, "Youth-on-Parent Violence in a Central Illinois County" (2004) 2(4) Youth Violence and Juvenile Justice, стр. 374.

⁴ Amanda Holt, "Researching Parent Abuse: A Critical Review of the Methods" (2012) 11(2) Social Policy and Society, стр. 289.

⁵ Barbara Cottrell and Peter Monk, "Adolescent-to-Parent Abuse: A Qualitative Overview of Common Themes" (2004) Journal of Family Issues, стр. 1072-1080.

⁶ Kathleen Daly and Heather Nancarrow, "Restorative Justice and Youth Violence towards Parents" in James Ptacek (ed), *Restorative Justice and Violence against Women* (New York, Oxford: Oxford University Press 2010), стр. 153.

⁷ Kethineni (n 3) 374 cited in Henry T Harbin and Dennis J Madden, "Battered parents: a new syndrome" (1979) 136 (10) American Journal of Psychiatry, стр. 1288-1291.

⁸ Harbin and Madden (n 5), стр. 1288.

⁹ Claire P Cornell and Richard J Gelles, "Adolescent to parent violence" (1982) 15(1) Urban and Social Change Review, стр. 8-14.

¹⁰ Robert Agnew and Sandra Huguley, "Adolescent Violence towards Parents" (1989) 51(3) Journal of Marriage and Family, стр. 699-711.

мую связаны с нападениями на родителей, а более традиционные факторы семейного насилия, такие как давление, употребление наркотиков и социальная изоляция, не были связаны с этой формой насилия.¹¹ В исследовании, проведенном Брезиной в 1999 году, содержится вывод о том, что насилие над родителями распространено больше, чем другие формы семейного насилия, но заявляют о нем реже.¹² Браун и Гамильтон пришли почти к аналогичным выводам, заявив, что насилие над родителями распространено довольно широко. Согласно результатам их исследования, 14.5% из 469 «учеников заявили, что они применяют насилие в отношении их матерей и/или отцов, а 3.8% из них признались в применении грубого насилия к одному или обоим родителям».¹³

Исторический обзор проблемы насилия над родителями важен, так как он дает общее представление о том, как эта форма семейного насилия развивалась до 21 века. Следующая глава посвящена описанию феномена насилия подростков над родителями.

III. Что такое насилие над родителями?

1. Определение понятия

«Не существует единого определения понятия «насилие над родителями», так как этот термин используется для обозначения различных типов поведения».¹⁴ Хотя определение, предложенное Харбином и Мэдденом, упомянутое в предыдущей главе, было первым определением насилия над родителями, оно было слишком узким и включало в себя только физическое насилие и угрозы физического насилия как возможную форму насилия. Поэтому Петерсен с коллегами выработали новое определение, основанное на том факте, что насилие подростков над родителями включает в себя не только физическое, но также эмоциональное и вербальное поведение. Они заявили, что «поведение считается насильственным, если другие члены семьи чувствуют себя в опасности, запуганы или контролируются этим поведением и считают, что они должны подстраивать свое поведение под угрозы или ожидание насилия».¹⁵ Коттрелл и Монк дали другое определение насилию над родителями. По их мнению «любые действия подростков, направленные

на причинение финансового, психологического или физического вреда биологическим и/или приемным родителям, являются насилием над родителями».¹⁶

Как мы видим, исследователи не имеют единого мнения относительно того, какое значение термина насилие над родителями является верным. Кроме того, «для обозначения этой формы насилия применяется целый ряд терминов, таких как «насилие над родителями», «насилие подростков над родителями», «жестокое обращение с матерями» и т.д.¹⁷ Здесь стоит указать, что согласно Уилкоксу, термин «насилие» более ограничен, чем термин «жестокое обращение», так как он подразумевает, что насилием над родителями может считаться только физическое насилие, и упускает из виду другие формы поведения, которые могут наблюдаться в семье.¹⁸

Несмотря на расхождения в терминологии, следует отметить, что у двух последних определений есть некоторые позитивные и общие аспекты. Вышеупомянутые исследователи согласны с тем, что определение должно включать в себя вербальные и эмоциональные аспекты, для того чтобы точно описать тип насильственных взаимоотношений в семье. Кроме того, на основании этих определений можно заключить, что насилие над родителями определяется не как одиночный акт, а как серия действий, совершаемых в течение времени.

Существует несколько видов подросткового насилия в отношении родителей. Физическое насилие – наиболее заметная форма насилия, которая включает в себя действия, которые «являются намеренными или считаются таковыми» и приводят к причинению физического вреда родителям.¹⁹ К примерам физического насилия относятся удары, пинки, толчки, ломание и бросание вещей, удары кулаком в стену и плевки.²⁰ Коттрелл отмечает, что родители, подверженные физическому насилию, обычно также подвержены эмоциональному насилию.²¹ Следует пояснить, что это определение Коттрелла не совсем верно, так как существует разница между эмоциональным насилием и моральными страданиями. Последние являются результатом физического насилия, а не эмоционального насилия в целом.²² Примерами эмоционального насилия являются: запугивание и устрашение родителей, попытки обмануть и обхитрить их, попытки убедить родителей в собственном безумии, попытки совер-

¹¹ Там же, стр. 710.

¹² Brezina (n 1), стр. 416-444.

¹³ Kevin D Browne and Catherine E Hamilton, "Physical Violence Between Young Adults and Their Parents: Associations with a History of Child Maltreatment" (1998) 13(1) Journal of Family Violence, стр. 59.

¹⁴ Caroline Hunter and Judy Nixon, "Introduction: Exploring Parent Abuse – Building Knowledge across Disciplines" (2012) 11(2) Social Policy and Society, стр. 211, 212.

¹⁵ Rosemary Paterson and others, "Adolescent Violence towards Parents: Maintaining Family Connections When The Going Gets Tough" (2002) 23(2) Australian and New Zealand Journal of Family Therapy, стр. 90.

¹⁶ Cottrell and Monk (n 4), стр. 1080.

¹⁷ Hunter and Nixon (n 12), стр. 212.

¹⁸ Paula Wilcox, "Is Parent Abuse a Form of Domestic Violence?" (2012) 11(2) Social Policy and Society, стр. 277, 278.

¹⁹ Nancy J Eckstein, "Emergent issues in families experiencing adolescent-to-parent abuse" (2004) 68 (4) Western Journal of Communication, стр. 365, 367.

²⁰ Barbara Cottrell, *When Teens Abuse their Parents* (Nova Scotia: Fernwood Publishing 2004) 11.

²¹ Там же, стр. 11.

²² Eckstein (n 17), стр. 367.

шить самоубийство или членовредительство без реального намерения сделать это и так далее. Еще один вид насилия это финансовое насилие, которое может заключаться в краже, одалживании без разрешения, требовании денег и использовании родительского имущества в собственных целях без их согласия и т.д.²³ Что касается сексуального насилия и убийства родителей, они без сомнения являются видами насилия, но происходят гораздо реже, чем другие формы насилия.

2. Характеристики преступников и потерпевших

Хотя как мальчики, так и девочки могут применять любые виды насилия, мальчики больше склонны к физическому насилию над родителями, в то время как девочки – к вербальному и эмоциональному насилию.²⁴ Хотя мальчики по-прежнему более агрессивны, чем девочки, за последнее время девочки стали агрессивнее, чем раньше.²⁵ Чаще всего в неполных и полных семьях жертвами насилия со стороны подростков становятся матери и мачехи. Возможно, это объясняется тем, что матери считаются более слабыми по сравнению с отцами, которых молодые люди считают более сильными, что снижает вероятность применения насилия против них. Еще одно объяснение этому явлению заключается в том, что молодежь считает нормальным контролировать и подавлять женщин, особенно часто это происходит в семьях, где дети становятся свидетелями супружеского насилия в отношении матерей.²⁶

Среди исследователей нет единого мнения о том, какие возрастные группы наиболее склонны к насилию. К примеру, Эгню и Хагюлей пишут: «Корнелл и Жиль (1982) пришли к выводу, что насилие против родителей не связано с возрастом детей. Однако, проанализировав результаты исследования по половому признаку, они заметили, что количество жестоких нападений на родителей растет по мере взросления мальчиков и снижается по мере взросления девочек».²⁷ Поэтому определение возрастных групп, наиболее склонных к насилию, менее важно, чем то, когда именно родители начинают рассматривать поведение их детей как угрожающее. Исходя из простой логики, чем старше и сильнее становятся подростки, тем больше их поведение воспринимается как угрожающее.

Отклоняющееся от норм поведение, употребление наркотиков и алкоголя, прогул занятий в школе также считаются признаками подросткового насилия.²⁸ Дети с низкой успеваемостью, прогуливающие уроки, иногда учатся плохому поведению в школе. Дети, отстраненные от занятий, чаще склонны к насилию над родителями, вероятно, вследствие конфликтов, возникающих из-за проблем в школе.²⁹ Употребление наркотиков и алкоголя может снизить самоконтроль, и под их влиянием подростки могут совершать поступки, которые они не совершили бы в другой ситуации. Употребление наркотиков и алкоголя родителями также может вызвать агрессивное поведение со стороны подростков, так как они могут чувствовать себя брошенными и сердиться на родителей за их эмоциональное отсутствие.³⁰

Согласно результатам исследования, проведенного Эгню и Хагюлеем, подростки, применяющие насилие в отношении родителей, меньше привязаны к ним эмоционально.³¹ Кроме того, Коттрелл и Монк отмечают, что «этот фактор, вероятно, связан с тем, что значительное число агрессивных подростков сами являются жертвами физического или сексуального насилия со стороны родителей, либо свидетелями супружеского насилия или насилия со стороны партнеров их родителей».³² Это означает, что даже если дети не подвергались насилию лично, тот факт, что они стали свидетелями насилия, может оказать на них негативное влияние. Когда подростки осознают, что подвергшись насилию родители, фактически, становятся жертвами, они могут поступить с ними так же. Из этого следует вывод, что подростковое насилие, вероятно, является частью непрерывной цепи насилия, присутствующего во взаимоотношениях в семье.³³

Социально-экономическое положение семьи считается еще одним фактором, влияющим на наличие насилия против родителей. У подростков из бедных семей меньше возможностей для участия в интересных для них видах деятельности. Отсутствие возможностей вызывает у подростков гнев и разочарование, которые могут перерасти в конфликт с родителями.³⁴ Конфликты также могут возникать из-за стрессовой ситуации в семье, которая перерастает в напряжение и нестабильность, в результате чего у родителей остается меньше энергии и желания для эффективного разрешения конфликта.³⁵

²³ Cottrell (n 18), стр. 15.

²⁴ Natasha Bobic, "Adolescent Violence Towards Parents" (2004) Sydney: Australian Domestic and Family Violence Clearinghouse <http://www.adfvc.unsw.edu.au/pdf%20files/adolescent_violence.pdf> accessed 02 June 2015

²⁵ Cottrell (n 18), стр. 73.

²⁶ Nicola Kennair and David Mellor, "Parent Abuse: A Review" (2007) 38 Child Psychiatry and Human Development, стр. 203, 209.

²⁷ Agnew and Huguley (n 8), стр. 701.

²⁸ Bobic (n 22), стр. 5.

²⁹ Cottrell (n 18), стр. 79.

³⁰ Там же, стр. 82-83.

³¹ Agnew and Huguley (n 8), стр. 709.

³² Cottrell and Monk (n 4), стр. 1073.

³³ Debra Jackson, "Broadening constructions of family violence: mothers' perspectives of aggression from their children" (2003) 8(4) Child and Family Social Work, стр. 321, 326.

³⁴ Cottrell and Monk (n 4), стр. 1086.

³⁵ Там же.

Стиль воспитания является одним из ключевых моментов и, в большинстве случаев, объяснением возникновения насилия против родителей. Чрезмерный контроль является одним из стилей воспитания, который может быть эффективным в отношении маленьких детей. Но чем старше становятся дети, тем больше независимости им требуется. Часто родители не могут привыкнуть к этим переменам и стараются сохранить строгий контроль над детьми. Поэтому одним из возможных выходов для некоторых подростков становится применение насилия для обретения чувства контроля над собственной жизнью.³⁶ В противоположность этому стилю воспитания, излишне мягкое воспитание также может вызвать агрессивное поведение со стороны подростка. Проблема этого стиля заключается в том, что подросток в конечном счете «анализирует затраты и выгоды и понимает, что награда за плохое поведение перевешивает последствия такого поведения».³⁷ В результате подросток понимает, что агрессия в отношении родителей является успешной мерой для достижения желаемого результата. В обоих случаях мы видим, что проблема состоит в неспособности родителей добиться соблюдения дисциплины, что означает потерю контроля над подростком. В результате углубленных интервью с 20 женщинами, пережившими насилие со стороны собственных детей, Экштейн пришла к выводу, что любые насильственные действия начинаются с устных оскорблений, а затем перерастают в другие формы насилия, если родителю не удается вовремя восстановить дисциплину. Многие родители считают, что они смогли избежать худшего, если им удалось предотвратить перерастание оскорблений в физические или эмоциональные формы насилия.³⁸ Одна из матерей точно описала этот процесс: «Лучше пусть ругается, чем ломает вещи, лучше пусть ломает вещи, чем бьет, лучше пусть бьет по руке, чем по голове, лучше пусть пустит в ход кулаки, чем оружие».³⁹ Отсюда следует вывод, что если родитель не в состоянии справиться с подростком, когда тот начинает использовать устные оскорбления, в большинстве случаев, агрессия подростка перерастет в более жесткие формы насилия.

Чувство вины и раскаяния сопровождает как насилие против родителей, так и насилие в отношении партнера. В обоих случаях насильники проходят через «период медового месяца», когда они выражают глубокое раскаяние, обещают никогда больше не использовать силу и исправиться.⁴⁰ Однако, в отличие от взрослых, подростки редко чувствуют ответственность за свое поведение и во всем винят родителей.

Более того, Коттрелл и Монк выявили в насилии над родителями более сложную динамику семейных отношений, чем в случаях насилия со стороны партнера. Некоторые агрессивные подростки, опрошенные авторами, «испытывали глубокое раскаяние за свои поступки, но вспоминали, что вместо того, чтобы проявить раскаяние, проявляли еще больше агрессии против родителей, чтобы заглушить это чувство эмоциональной уязвимости».⁴¹ Это еще раз демонстрирует, как сильно подростки сосредоточены на самих себе. Они редко понимают, какую боль их действия могут причинить родителям и, вследствие своего эгоизма, они никогда не испытывают чувства полного раскаяния или вины. Это является главным доказательством того, что насилие против родителей отражает более сложные аспекты семейных отношений, чем насилие со стороны партнера. В следующей главе мы остановимся на этом вопросе подробнее.

А в заключение этой главы следует отметить, что подростки, проявляющие агрессию в отношении родителей, имеют разные отличительные черты, зависящие от особенностей их семей, но всех их объединяет то, что они проявляют агрессию в отношении родителей с тем, чтобы добиться желаемого и установить контроль над ними.

IV. Сходство и различия между насилием над родителями и насилием со стороны партнера

В этой главе подробно описываются сходство и различия между насилием над родителями и насилием со стороны супруга или партнера, что позволит объяснить, почему насилие подростков над родителями является более сложной формой семейного насилия, чем насилие со стороны партнера. Для этого в первую очередь обсудим понятие насилия со стороны партнеров или супругов.

В 70-х годах прошлого века в результате невероятных усилий феминисток проблема насилия в семье заняла свое место в политической повестке дня. В своих исследованиях феминистки определяли семейное насилие как насилие мужей и сексуальных партнеров/бывших партнеров над женщинами.⁴² Почти два десятилетия спустя стало ясно, что гендерное определение семейного насилия было слишком узким и не включало в себя, к примеру, насилие со стороны партнеров другого пола. Поэтому исследователи, изучающие проблему семейного насилия, отвергли гендерный взгляд на эту проблему, предложенный феминистками, и приняли гендерно-нейтральный подход.

Теперь, коротко описав, что представляет собой семейное насилие, проанализируем сходство и раз-

³⁶ Cottrell and Monk (n 4) , стр. 1084.

³⁷ Там же.

³⁸ Eckstein (n 17) , стр. 376-378.

³⁹ Там же, стр. 379.

⁴⁰ Cottrell (n 18), стр. 85.

⁴¹ Cottrell and Monk (n 4) , стр. 1086.

⁴² Wilcox (n 16) , стр. 279.

личия между семейным насилием и насилием подростков над родителями. Главными отличительными признаками семейного насилия являются контроль и доминирование, которые также характерны для большинства случаев насилия над родителями.⁴³ Подростки применяют насилие в отношении родителей с целью обретения контроля над их решениями и поступками. Как только они получают контроль, они, тем самым, лишают родителей власти. Для обеих форм насилия характерно то, что в большинстве случаев жертвами являются женщины/матери, и что обе формы насилия состоят из серии насильственных деяний, а не из одного поступка. Кроме того, как и семейное насилие, насилие над родителями сопряжено с повседневным стрессом, который сказывается на способности родителей, эффективно выполнять свои родительские обязанности.⁴⁴ Социальная изоляция является еще одной общей характерной чертой для всех форм насилия в семье. Родители, подвергшиеся насилию со стороны детей, часто избегают разговоров об имевших место инцидентах из страха быть перед непониманием и обвинениями, они также могут отрицать существование проблемы и винить во всем себя. Кроме того, в обоих случаях чувство преданности семье и страх перед последствиями являются сильными сдерживающими факторами, побуждающими родителей хранить случаи насилия втайне от посторонних.⁴⁵ И, наконец, общими для насилия над родителями и семейного насилия являются формы насилия.

С другой стороны, важно провести различия между насилием над родителями и насилием со стороны сексуального партнера. Как отмечают Пик и другие, «насилие подростков над родителями в корне отличается от семейного насилия со стороны партнеров или супругов».⁴⁶ Основным отличием является то, что в случае насилия со стороны партнера, пострадавший партнер может в любое время прервать отношения, а в случае насилия над родителями, родитель продолжает нести родительскую ответственность и не может прервать отношения с ребенком.⁴⁷ Однако в отношении последнего следует указать, что, к примеру, в штате Коннектикут (США) родители могут прервать отношения с подростками 16 или 17 лет, над которыми они утратили контроль, и которые применяют против них насилие. Согласно закону о совершеннолетию штата Коннектикут, «родитель может обра-

титься в суд с ходатайством об объявлении подростка совершеннолетним, предоставлении ему или ей всех полномочий взрослого и освобождении родителей от ответственности за заботу о подростке или за его/ее действия. Суд предоставляет родителям или опеку-ну официальное уведомление и вызывает их и подростка на слушание».⁴⁸ Основанием для объявления подростка совершеннолетним в этом случае служит «уважительная причина, состоящая в том, что объявление подростка совершеннолетним служит лучшим интересам самого подростка и его/ее родителей или опекуна».⁴⁹ Такое законодательство существует не во всех штатах, однако такая практика также применяется в Великобритании. Однако это правило распространяется только на подростков 16 или 17 лет, поэтому в отношениях с подростками младше этого возраста родители не могут прервать взаимоотношения, что и отличает насилие над родителями от насилия со стороны партнера.

Еще одно отличие состоит в том, что дети могут быть физически сильнее, чем родители, подвергшиеся насилию, но родители все же потенциально сильнее в плане доступа к ресурсам.⁵⁰ Иными словами, в отличие от взрослых, применяющих насилие в семье, агрессивно настроенные подростки «не вписываются в типичную концепцию виновного (у которого больше физических и социальных ресурсов), а родители не подходят под понятие физически и социально уязвимой жертвы».⁵¹

Эти различия объясняют то, почему насилие над родителями является более сложной формой семейного насилия, чем насилие со стороны партнера. В случае насилия над родителями, последние, являясь жертвами, в то же время выгораживают своих детей. Они, как правило, винят себя за поступки детей, так как они не способны контролировать их должным образом и не могут установить необходимые дисциплинарные границы. Кроме того, если дети в прошлом сами подвергались насилию, родители рассматривают их в качестве жертв, что помогает им оправдать насильственные действия со стороны детей. Родители также винят своих партнеров/бывших партнеров, которые применяли насилие в отношении детей. И в заключении следует отметить, что насилие подростков над родителями без сомнения носит комплексный характер, однако необходимо ответить на вопрос о том, как с этим явлением справляется система правосудия, чему и будет посвящена следующая глава.

⁴³ Gregory Routt and Lily Anderson, "Adolescent Aggression: Adolescent Violence towards Parents" (2011) 20 *Journal of Aggression, Maltreatment and Trauma*, стр. 1, 10.

⁴⁴ Wilcox (n 16), стр. 282.

⁴⁵ Cottrell and Monk (n 4), стр. 1089.

⁴⁶ Charles W Peek, Judith L Fischer and Jeannie S Kidwell, "Teenage Violence toward Parents: A Neglected Dimension of Family Violence" (1985) 47(4) *Journal of Marriage and Family*, стр. 1051, 1057.

⁴⁷ Wilcox (n 16), стр. 283.

⁴⁸ Susan Price, "Parental Options for Out-of-Control 16-Year-Olds" (OLR Research Report 2009) < <http://www.cga.ct.gov/2009/rpt/2009-R-0187.htm> > accessed 02 June 2015.

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Wilcox (n 16), стр. 283.

⁵¹ Laurel Downey, «Adolescent Violence: A Systemic and Feminist Perspective» (1997) 8(2) *Australian and New Zealand Journal of Family Therapy*, стр. 70, 77.

V. Меры по борьбе с насилием подростков над родителями, принимаемые на уровне законодательства и политики: пример Великобритании

Эту часть статьи я хотел бы начать с анализа того, какое место в системе ювенальной юстиции отводится проблеме насилия над родителями. Ювенальная юстиция как часть системы уголовного правосудия оказалась в повестке «новых лейбористов» начиная с их прихода к власти в 1997 году. Одними из основных вопросов повестки дня были «проблемные семьи» и «недостаток внимания со стороны родителей» как причины молодежной преступности.⁵² В результате этого, на смену понятия «родительский авторитет» пришло понятие «родительская ответственность».⁵³ Кроме того, некоторые изменения в законодательстве предусматривали ответственность родителей за преступления, совершенные их детьми. Одним из примеров такого подхода является приказ суда об исполнении родительских обязанностей, который впервые был предусмотрен в законе «О преступлениях и беспорядках», а затем дополнен в законе «Об анти-социальном поведении». Хотя это приказ относится к производству по гражданским делам, его несоблюдение без уважительных причин считается преступлением.⁵⁴ Можно сказать, что ювенальная юстиция рассматривает подростков как лиц, несущих полную ответственность за себя и свои поступки, но зависящих от родителей в материальном и социальном плане. Поэтому в этой сфере родители никогда не рассматриваются в качестве жертв насилия со стороны детей. Вместо этого они рассматриваются как лица, которые «не смогли должным образом осуществить родительский контроль, а потому являются безответственными и заслуживают порицания».⁵⁵ Это значит, что в ювенальной юстиции понятие воспитательного вмешательства основывается на предположении о том, что родители могут и должны укреплять власть и контроль над детьми.⁵⁶ Подобные предположения опасны, так как они подталкивают родителей к использованию любых средств для установления контроля над детьми, часто безрезультатно. Этот отрывок из исследования Кондри и Майлза прекрасно иллюстрирует то ужасное положение, в котором оказывается родитель, получивший приказ об исполнении родительских обязанностей: «Я до смерти боюсь, что меня снова вызовут в суд... Я перепробовал все,

но ничего не помогло... Я вытаскивал его из постели, выливал ему в лицо воду, выставлял его на улицу в нижнем белье и швырял ему одежду – ничего не действовало. Он просто лежит в кровати днями напролет, а когда не лежит, то сидит, завернувшись в одеяло, и смотрит телевизор».⁵⁷

Насилие подростков над родителями это гендерно-дифференцированное явление. Согласно Кондри и Майлзу, «притом, что язык ювенальной юстиции гендерно нейтрален, однако содействие в воспитании детей и приказы об исполнении родительских обязанностей в основном получают матери».⁵⁸ Одно из объяснений гендерного дисбаланса состоит в том, что главами многих семей, где происходит насилие над родителями, являются одинокие матери. Однако еще одной причиной этого явления может быть восприятие матери как хранительницы семейной морали.⁵⁹

Еще одна проблема, которую подростковое насилие над родителями представляет для правосудия, состоит в том, что в ювенальной юстиции не существует руководства относительно того, как профессионалы должны реагировать на подобную форму насилия, и им трудно иметь дело с подобными случаями, так как они сталкиваются с замалчиванием проблемы на уровне политики. Это замалчивание в свою очередь может быть вызвано тем, что насилие подростков над родителями не подходит под определение семейного насилия, согласно которому виновник не может быть младше восемнадцати лет. Помимо этого, социальное отторжение и стыд, испытываемые родителями, удерживают их от того, чтобы заявить о насилии и обратиться за помощью.⁶⁰ Результатом замалчивания проблемы на уровне политики становится то, что подростки не рассматриваются в качестве потенциальных насильников в семье, ответственность за контроль над детьми возлагается на родителей, что, как упоминалось выше, не позволяет рассматривать родителей в качестве жертв насилия и контроля со стороны их детей.⁶¹

Хотя специалисты по проблеме семейного насилия признают существование насилия над родителями, они недооценивают масштаб этой проблемы. Кроме того, они ограничиваются знаниями и опытом относительно ответных мер.⁶² Действующее законодательство в области семейного насилия не содержит теоретических аспектов реагирования на насилие над родителями. Закон «О семье» 1996 года предусматривает производство судебного приказа о раздельном проживании и приказа о недосаждении, но это

⁵² Rachel Condry and Caroline Miles, «Adolescent to Parent Violence and Youth Justice in England and Wales» (2012) 11(2) Social Policy and Society, стр. 241, 243.

⁵³ Caroline Hunter, Judy Nixon and Sadie Parr, «Mother abuse: A matter of youth justice, child welfare or domestic violence?» (2010) 37(2) Journal of Law and Society, стр. 264, 275.

⁵⁴ Condry and Miles (№ 51), стр. 243.

⁵⁵ Hunter, Nixon and Parr (№ 52), стр. 276.

⁵⁶ Condry and Miles (№ 51), стр. 243.

⁵⁷ Там же, стр. 244.

⁵⁸ Там же, стр. 244.

⁵⁹ Там же.

⁶⁰ Там же, стр. 246.

⁶¹ Там же.

⁶² Hunter and Nixon (n 12), стр. 214.

запретительные приказы, которые обычно не применяются к лицам, моложе восемнадцати лет.⁶³ Как указано выше, препятствием для принятия мер по борьбе с подростковым насилием является то, что эта форма насилия не подходит под определение семейного насилия.

Подводя итоги, еще раз рассмотрим причины того, почему насилие над родителями представляет большую трудность для системы правосудия, чем насилие со стороны партнера. Как следует из этой части статьи, хотя специалисты признают наличие насилия подростков над родителями, это явление не рассматривается как проблема на уровне политики. Законодательство также не рассматривает насилие подростков над родителями в качестве проблемы, требующей решения.⁶⁴ Для решения этой проблемы, безусловно, необходима правовая база, так как соответствующие утвержденные законом органы вряд ли разработают четкую политику и процедуры для борьбы с этой формой насилия. Изучив различные виды политики, я пришел к выводу, что вне зависимости от политики, в данном случае очень трудно провести различие между преступником и потерпевшим. Кроме того, каждая политика предусматривает свое определение понятий преступник и потерпевший, и насилие над родителями не подходит ни под одно из них.

VI. Заключение

На основе примеров, приведенных в настоящей статье, можно сделать вывод о том, что насилие подростков над родителями отражает более сложные аспекты семейных отношений и представляет большую трудность для системы правосудия, чем насилие со стороны партнера. Принятие ответных мер против насилия в семье это нелегкая задача, так как, согласно Дауни «насилие в семье часто носит рекурсивный характер: это «взаимоформирующиеся, а не линейные или причинно-следственные взаимоотношения».⁶⁵ Это, в свою очередь, является проблемой для правосудия, так как ответственность за акт насилия может быть рассеянной. В комплексном цикле семейного насилия подростки, зачастую, оказываются не только инициаторами насилия над родителями, но и жертвами. Помимо этого, родители часто считают себя виновными в том, что их дети применяют против них насилие, что еще больше усложняет работу системы правосудия, так как с виновника снимается ответственность за акт насилия. Здесь также следует отметить, что молчание со стороны властей и членов семей, которые боятся прослыть плохими и властны-

ми родителями, представляет собой еще одно препятствие для осуществления правосудия. В отличие от насилия со стороны сексуального партнера, в случае с подростковым насилием наблюдается недостаток знаний. Серьезность этой проблемы также недооценивается на уровне политики, чем, в свою очередь, объясняется тот факт, что в системе уголовного правосудия существует всего несколько малоэффективных мер (напр. судебных приказов) реагирования на случаи насилия подростков над родителями. И, в завершении, хотелось бы подчеркнуть, что первым возможным шагом на пути к решению проблемы насилия над родителями должно быть признание существования данной проблемы, что позволит использовать различные механизмы системы правосудия для эффективной борьбы с этим явлением.

⁶³ Caroline Hunter and Christine Piper, "Parent Abuse: Can Law Be the Answer?" (2012) 11(2) Social Policy and Society, стр. 217, 222.

⁶⁴ Hunter, Nixon and Parr (n 52), стр. 283.

⁶⁵ Там же, стр. 76.

Норберт Берндорфф¹

Обзор судебной практики Европейского суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб против Азербайджана, Армении и Грузии за 2014 г.

(Период подотчетности: 01.01.2014 – 31.12.2014)

Настоящий отчет является продолжением предыдущего отчета обзора судебной практики пятого издания периодического журнала SCLJ – Южно-Кавказского юридического журнала (N 05/2014; период подотчетности: с 01.01.2013 до 31.12.2013). Целью данного отчета является краткий обзор судебных решений Европейского суда по правам человека, принятых против государств-участников договора, в частности, Азербайджана, Армении и Грузии в промежутке между 01.01.2014 по 31.12.2014 на основании Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Рассматриваются только те судебные решения, в которых Европейский суд по правам человека допустил индивидуальную жалобу к рассмотрению и принял решение, придя к выводу, что нарушена конкретная норма Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод или ее Дополнительных протоколов. Настоящий отчет не рассматривает те решения, в которых Европейский суд по правам человека счел недопустимыми индивидуальные жалобы граждан. Не рассматриваются также дела, которые были изъяты из Реестра Европейского суда по правам человека. Решения Европейского суда по правам человека доступны на сайте www.echr.coe.int.-case-law-hudoc на английском и французском языках.

Для сравнения: За этот же период подотчетности Европейским судом по правам человека было принято 15 решений против Германии, в том числе, по существу – 12 решений, против Франции – 46 решений, в том числе, по существу – 33 решения, против Великобритании – 33 решения, в том числе, по существу – 12 решений.

1. За период с 01.01.2014 до 31.12.2014 Европейский суд по правам человека установил в общей

сложности в четырех случаях факты нарушения положений Конвенции со стороны **армянских авторитетов/компетентных органов**.

В упомянутых, рассмотренных по существу судебных решениях установлены, в основном, нарушения ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) и ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции.

Дело Минасяна против Армении (Решение от 08.04.2014, дело № 44837/08)

Рожденный в 1974 г. жалобщик проживает в Ереване, являясь гражданином Армении. Дело касалось факта заключения жалобщика, примененного против него из-за обоюдной стрельбы, имеющей место 18-го декабря 2007 г. После семикратного продления срока предварительного заключения, жалобщик был приговорен 08 мая 2009 г. к трем годам лишения свободы по обвинению в покушении на убийство.

Европейский суд по правам человека обнаружил факт нарушения ст. 5 Конвенции (Право на свободу и на личную неприкосновенность) в промежутке между 07 и 15 октября 2008 г., обязав Армению к выплате в пользу жалобщика компенсации величиной в 6000 евро в виде нематериального ущерба. Данное решение пока не вступило в законную силу.

Дело Гасабяна и других против Армении (Решение от 13.11.2014, дело № 23566/05)

Факты нарушения ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции.

Дело Багдасаряна и Зарикянца против Армении (Решение от 13.11.2014, дело № 43242/05)

Факты нарушения ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции.

Дело Гарибяна и других против Армении (Решение от 13.11.2014, дело № 19940/05)

Факты нарушения ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции.

2. За период с 01.01.2014 до 31.12.2014 Европейский суд по правам человека установил в общей сложности в семи случаях факты нарушения положений Конвенции со стороны **азербайджанских авторитетов**. В пяти случаях жалоба не была допущена

¹ Др. Норберт Берндорфф является судьей Федерального суда Германии по социальным делам, находящегося в г. Кассель, а также главным редактором настоящего журнала

(Дела № 12535/06, 58904/08, 15172/13, 46903/07 и 27473/07), а еще в трех случаях она была изъята из Реестра (Дела № 14690/08, 24685/08 и 814/13).

В упомянутых, рассмотренных по существу судебных решениях установлены, в основном, нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание), ч. 1 ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) и ст. 11 (Свобода собраний и объединений) Конвенции.

**Дело Новруза Исмаилова против
Азербайджана
(Решение от 20.02.2014, дело № 16794/05)**

Факт нарушения ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции.

**Дело Заидова против Азербайджана
(Решение от 20.02.2014, дело № 11948/08)**

Факт нарушения ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции.

**Дело Аллахвердыева против Азербайджана
(Решение от 06.03.2014, дело № 49192/08)**

Факт нарушения ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции.

**Дело Лаиджова против Азербайджана
(Решение от 10.04.2014, дело № 22062/07)**

Факт нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание) Конвенции.

**Дело Джаннатова против Азербайджана
(Решение от 31.07.2014, дело № 32132/07)**

Отсутствие факта нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание) Конвенции.

**Дело Тершиева против Азербайджана
(Решение от 31.07.2014, дело № 10226/13)**

Отсутствие факта нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание) Конвенции.

**Дело Алиевой и Алиева против
Азербайджана
(Решение от 31.07.2014, дело № 35587/08)**

Факт нарушения ст. 2 (Право на жизнь) Конвенции.

**Дело Ассоциации «Ислам Иттихат» и других
против Азербайджана
(Решение от 13.11.2014, дело № 5548/05)**

Жалобщики представляют НПО Ассоциацию «Ислам-Иттихат», расположенную в г. Баку. Азар Саматов и Ильгар Аллахвердиев являются директором и членом управляющего совета. НПО занималась активной деятельностью в промежутке между 1991 и 2003 гг. Основной деятельностью данной организации был ремонт и восстановление мечетей, а также проекты, направленные на защиту прав человека. Дело касалось принудительной ликвидации НПО ввиду религиозных активностей, не соответствующих законным требованиям. После трех министерских призывов, ликвидировать НПО, она, в итоге, была ликвидирована судом в июле 2004 г.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 11 (Свобода собраний и объединений) Конвенции, обязав Азербайджан к выплате жалобщикам компенсации за нематериальный ущерб в размере 4000 евро и 2000 евро за дополнительные расходы и затраты. Решение является коллегиальным.

**Дело Эффендиева против Азербайджана
(Решение от 18.12.2014, дела №27304/07)**

Факт нарушения ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) Конвенции.

3. За период с 01.01.2014 до 31.12.2014 Европейский суд по правам человека установил в общей сложности в одном случае факт нарушения положений Конвенции со стороны **грузинских авторитетов**. В восьми случаях суд изъял дела из Реестра или же счел жалобы недопустимыми (Дела №19882/07, 5358/14, 57990/10, 19312/07 и 2228/10).

В упомянутом судебном решении установлено, в основном, нарушение ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание) и ст. 9 (Свобода мысли, совести и религии) Конвенции.

**Дело Нацвлишвили и Тогонидзе против
Грузии
(Решение от 29.04.2014, дело № 9043/05)**

Отсутствие факта нарушения ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) Конвенции.

**Дело Ашларбы против Грузии
(Решение от 15.07.2014, дело № 45554/08)**

Судопроизводство касалось точности и предсказуемости состава преступлений, введенных в 2005

г. в Уголовный Кодекс Грузии в виде ст. 223¹ с целью борьбы с организованной воровской преступностью. Жалобщик, рожденный в 1956 г. и проживающий в Ангисе (Аджарская Автономная Республика), заявлял, что примененные в тексте Кодекса термины «воровской мир» и «вор в законе» (соответствующие понятию «Крестного Отца» в итальянской мафии) недостаточно четко сформулированы, с тем, чтобы предвидеть, какие именно методы деяний являются наказуемыми.

Европейский суд по правам человека не установил в данном случае факт нарушения ст. 7 Конвенции (Наказание исключительно на основании закона).

**Дело Бегелури и других против Грузии
(Решение от 07.10.2014, дело № 28490/02)**

Факты нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание) и ст. 9 (Свобода мысли, совести и религии) Конвенции.

Осуществление правосудия по фактам насилия в семье (Обзор Судебной Практики 2015 года)

I. Резюме

Количество женщин, умерших в результате насилия в семье в 2014 году в Грузии, достигло тревожного показателя (по официальным данным, в следствии насилия семье погибло 17 женщин), что лишний раз дает повод задуматься, насколько эффективен и адекватен механизм, применяемый против насилия в семье и нуждается ли существующая в этом направлении политика государства в пересмотре или ужесточении.

Исходя из комплексного характера борьбы против насилия подлежащая статье коснется лишь уголовно-правового механизма и анализа существующей в этом направлении судебной практики. Вначале в статье будут рассмотрены этапы криминализации насилия в семье и значительные элементы правовой квалификации, также будет проанализирована практика районных судов Грузии за шесть месяцев 2015 года по основным тенденциям преступления насилия в семье, применению мер пресечения в отношении обвиняемого в насилии в семье и определению наказания. По структуре статья состоит из 4 глав и заключения, где речь пойдет о вызовах судебной практики и будут даны соответствующие рекомендации.

«За причинение страданий жене и неуважение к ней, царь да накажет мужа».

Права Вахтанга Батонишвили
XVIII век²

II. Криминализация домашнего насилия в семье

12 июня 2012 года в Уголовный Кодекс Грузии была внесена поправка и была добавлена статья 126¹ – насилие в семье. Этой законодательной поправкой государство подчеркнуло печальную необходимость борьбы против насилия в семье. Несмотря на то, что первой задачей статьи является обзор судебной

практики по уголовным делам с квалификацией по статье 126¹, считаем целесообразным, в первую очередь проанализировать отмеченную статью в правовом отношении.

Согласно статье 126¹ насилие в семье – это насилие одного члена семьи в отношении другого, систематическое оскорбление, шантаж, унижение, вызвавшие физическую боль или страдание и не повлекшие за собой последствия, предусмотренные статьей 117 (умышленное причинение тяжкого вреда здоровью), статьей 118 (умышленное причинение менее тяжкого вреда здоровью) или статьей 120 (умышленное причинение легкого вреда). Таким образом, статья насилия в семье объединяет два деяния, каждое из которых даёт состав преступления: 1) физическое насилие одного члена семьи в отношении другого; 2) психологическое насилие одного члена семьи в отношении другого.

Первое предложение первой части статьи 126¹ УК «насилие одного члена семьи в отношении другого», что вызвало физическую боль, должно быть истолковано как насильственное деяние физического характера, не вызвавшее тяжкое, менее тяжкое или легкое (с кратковременным расстройством здоровья) повреждение здоровья. Деяние, предусмотренное статьей 126¹ УК (в части физического насилия) является специальным составом статьи 125 УК (побои), когда физическое насилие совершается одним членом семьи в отношении другого. Таким образом, если налицо факт избияния одним членом семьи другого, или факт иного физического насилия, и степень телесных повреждений не даёт состав другого, более тяжкого преступления, деяние лица должно квалифицироваться не статьей 125 УК, а статьей 126¹.

Исходя из широкого распространения насилия в семье, встала необходимость криминализации даже минимального насильственного акта. С этой целью законодатель даже единственный факт насилия одного члена семьи в отношении другого оформил как преступление. В том случае, если налицо систематическое насилие одного члена семьи в отношении другого (напр., более двух случаев побоя), деяние лица выходит за рамки статьи 126¹ УК и должно квалифицироваться статьей 126 УК (насилие), которая предусматривает более тяжкую санкцию.

Вторым значительным и новаторским шагом, осуществленным отмеченной законодательной поправкой является криминализация психологического насилия, совершенного одним членом семьи в отношении другого. Согласно поправке психологическое насилие должно выражаться в оскорблении, шантаже или/и унижении, что обязательно должно иметь систематический характер. Оскорбление, шантаж, унижение – эти деяния могут встречаться по отдель-

¹ Докторант юридического факультета Тбилисского Государственного Университета им. Ив. Джавахишвили. Начальник Управления Защиты Прав Человека Главной Прокуратуры Грузии.

² Редактор Исидоре Долидзе, Памятник пружинского права, Издательство Академии Наук ГССР, 1963, стр. 498

ности или кумулятивно. Обязательным признаком всех трёх деяний является систематичность и результат – «страдание», т.е. моральный ущерб. Нужно отметить, что систематичность (для целей статьи 126¹ УК) – признак только психологического насилия. При этом, если налицо однократное, но унижающее обращение тяжёлого характера, исходя из содержания деяния и тяжести последствия, преступление может квалифицироваться статьей 144³ УК, которая предусматривает ответственность за унижительное или нечеловеческое обращение.

Важно отметить санкции статьи 126¹, в частности, какого вида карательные меры предусматривает закон, так как в четвёртой главе будут рассмотрены существующие тенденции назначения судом наказания в отношении лица, совершившего насилие в семье.

Примечательно, что санкция статьи 126¹ УК в первой редакции была небольшой тяжести, а с осуществленной 18 февраля 2015 года законодательной поправкой ужесточилась. В частности, первая часть статьи 126¹ УК в редакции от 12 июня 2012 года в виде санкции предусматривала лишь общественно полезный труд сроком от восьмидесяти до 150 часов, а вторая часть, которая отягчающим обстоятельством считала совершение насилия: а) в отношении беременной женщины, несовершеннолетнего, или беззащитного лица; б) в присутствии несовершеннолетнего в отношении его члена семьи; г) в отношении двух или более лиц; д) группой лиц и е) не единожды – предусматривала общественно-полезный труд сроком от ста до двухсот часов, ограничение свободы до года, или пресечение свободы до года. Можно заключить, что установлением санкции такого типа, которые в общем носят легкий характер, целью законодателя являлось придать криминализации более превентивный характер, помочь выявлению преступления и сохранить семью. Хотя рост фактов насилия в семье³ явился вызовом, который потребовал от государства проведение более строгой уголовно-правовой политики и соответственно, с поправками, вошедшими в УК 18 февраля 2015 года, санкция ужесточилась как в отношении части 1 статьи 126¹, так и отношении второй части той же статьи. В частности, согласно действующей сегодня редакции часть 1 статьи 126¹ предусматривает общественно полезный труд сроком от 80 до 150 часов или пресечение свободы до года, а вторая часть – общественно полезный труд сроком от 200 до 400 часов или пресечение свободы от года до трёх лет.

Положительно должна быть оценена государственная политика неприменения в виде санкции штрафа в

отношении насилия в семье. В частности, ни одна из редакции статьи 126 не предусматривает денежного штрафа в виде санкции, что указывает на желание законодателя, несмотря на индивидуализацию наказания, защитить и без того пострадавшую семью от вероятности перераспределения материальной ответственности. Но, несмотря на этот подход, статья 42 УК, регулирующая общее правило применения штрафа, предоставляла суду правовое основание для применения наряду с основным наказанием в виде дополнительного наказания денежного штрафа. В судебной практике такое часто встречалось, для искоренения чего законодательной поправкой, осуществленной 18 февраля 2015 года в части 5 статьи 42 УК однозначно было указано, что штраф как дополнительное наказание может назначаться и в том случае, когда штраф как дополнительное наказание не предусматривается соответствующей статьей, кроме предусмотренного статьей 126¹ УК преступления.

Еще одним значительным законодательным новшеством, связанным с задействованием статьи 126¹ УК, является расширение дефиниции членов семьи для целей статьи 126¹. В частности, членами семьи считаются: 1. Лица, имеющие родственные связи: супруг (супруга), мать, отец, дед, бабушка, сын (дочь) или пасынок, падчерица, усыновлённый, усыновитель, супруг(а) усыновителя, приёмный, приемная семья (приемные мать, отец), опекун, внук, сестра, брат, родители супруга, зять, невестка, бывшая жена и 2. также лица, которые постоянно ведут или вели общее домашнее хозяйство. «Лица, которые постоянно ведут или вели общее домашнее хозяйство» – новшество для Уголовного Кодекса и подразумевает сожительство двоих в течение определенного времени, когда они вели общее домашнее хозяйство, т.е. жили одной семьей, делили связанный с уходом за домом/хозяйством труд или/и делали затраты на ведение общего хозяйства. К этой категории относятся лица, не состоявшие в зарегистрированном браке, также лица, которые, возможно, не удовлетворяют критерии нахождения в нерегистрированном браке, но являются партнёрами, определённое время жили вместе и вели общее домашнее хозяйство, в том числе и однополые пары. Таким образом, членами семьи признаются как лица, имеющие родственные связи, так и лица, владеющие общим домашним хозяйством. Для правильного толкования примечания этой статьи было бы целесообразно отметить, что необязательно совместное проживание или ведение общего домашнего хозяйства для лица, имеющих родственные связи (напр., если насильник сын, а пострадавший отец, они считаются членами семьи вне зависимости от того, живут ли они вместе и ведут ли постоянно общее домашнее хозяйство).

³ Отчет народного защитника Грузии о состоянии защиты прав и свобод человека в Грузии, 2014 год, стр. 669-685 [доступен <http://ombudsman.ge/ge/reports/saparlamento-angarishebi> 14.07.2015]

III. Основные тенденции насилия в семье в судебной практике

Как уже было отмечено в предыдущей главе, статья 126¹ признаёт наказуемым как физическое насилие одного члена семьи в отношении другого, так и психологическое насилие одного члена семьи в отношении другого. Исходя из целей данной статьи были проанализированы рассмотренные судами восточной и западной Грузии и завершённые обвинительным приговором дела (около пятидесяти дел) с квалификацией насилия в семье за шестимесячный период 2015 года. Анализ ясно показывает, что 99% фактов касается физического насилия одного члена семьи в отношении другого, которое, как правило, выражается в избиении с помощью рук, ног, или в более тяжёлых случаях с использованием предметов, например, куска дерева, бытового предмета. К сожалению, орган, осуществляющий уголовно-правовое преследование, не обратил внимание на наличие психологического насилия и не смог представить доказательства в суд, и, соответственно, суд обсуждал лишь факты физического насилия.

Исключением является решение Ахалцихского Районного Суда от 27 февраля 2015 года против А.Б. А.Б. был обвинён в том, что он систематически наносил словесные оскорбления, отзывался нецензурными словами, унижал жену внука и предлагал совершить неприемлемые для нее действия, из-за чего пострадавшая испытывала душевные страдания. Деяние А.Б. было квалифицировано частью 1 статьи 126¹ УК и соответственно, А.Б. был осужден за это преступление.⁴

Таким образом, упомянутое решение является наглядным примером того, что психологическое насилие не только приравнено к физическому насилию, но и может наносить гораздо более тяжёлый вред здоровью человека и адекватная борьба против подобных фактов так же важна, как и борьба против физического насилия.

IV. Судебная практика в связи с применением меры пресечения в отношении обвиняемого в совершении насилия в семье

С целью обобщения судебной практики по применению меры пресечения в отношении обвиняемого в совершении насилия в семье было проанализировано около ста определений, принятых за шесть месяцев 2015 года рядом районных судов Грузии (Тбилиси, Кутаиси, Рустави, Зугдиди, Батуми, Ахалцихе, Телави, Хашури, Гори, Болниси, Поти и др.). До рассмотрения

результатов анализа вкратце изложим суть, цели и виды мер пресечения.

Мера пресечения – одна из составляющих частей института уголовно-процессуального принуждения, которой придается особое значение в уголовно-процессуальном праве. «Целью применения мер пресечения является должное поведение обвиняемого с одной стороны, и искоренение обстоятельств, препятствующих следствию и рассмотрению в суде уголовных дел с другой стороны».⁵ Согласно статье 198 Уголовно-процессуального кодекса Грузии (в дальнейшем – УПК) целью меры пресечения является обеспечение явки обвиняемого в суд, пресечение его дальнейшей противозаконной деятельности и обеспечение исполнения приговора суда. При назначении меры пресечения должно существовать обоснованное предположение о том, что лицо скроется или не явится в суд, уничтожит важную для уголовного дела информацию или совершит новое преступление.

Согласно статье 199 УПК-а, видами меры пресечения являются: залог, передача несовершеннолетнего под надзор, договоренность о невыезде и должном поведении, личное поручительство, надзор со стороны командования за поведением военнослужащего и арест.

Значительным новшеством УПК-а является то, что наряду с мерой пресечения могут быть применены и другие запретительные меры, например, запрет на осуществление определённой деятельности или на профессию, ежедневная, или с другой периодичностью явка в суд, полицию или другой государственный орган и обязательство отчётности, электронный мониторинг, обязательство быть в определённое время (или без уточнения времени) в определённом месте; запрет покидать определённое место или проникать туда; запрещение встречи с определёнными людьми без специального разрешения; обязательство сдачи паспорта или другого удостоверения личности и т.д. Суд правомочен постановить любую другую меру, которая необходима для достижения целей применения меры пресечения. Помимо того, законодатель делает специальную оговорку в отношении обвиняемого в насилии в семье или преступлении в семье и отмечает, что лицам, в отношении которых уже осуществляется уголовное преследование по обвинению совершения преступления этой категории, возможно, судом будет запрещено посещение определённого места и приближения к потерпевшему.

Согласно общему правилу при применении меры пресечения суд должен предусмотреть ряд обстоятельств, указывающих на целесообразность меры пресечения. Требование законодателя при приме-

⁴ Решение Ахалцихского районного суда, №1/043-15, 27 февраля 2015 года.

⁵ Редактор Михаил Мамнишвили, Уголовный процесс Грузии, Особенная часть, издательство «Мир Юриста», 2013 г., стр. 183.

нении конкретной меры пресечения заключается в том, что должна предусматриваться личность обвиняемого, его деятельность, возраст, состояние здоровья, семейное и имущественное положение, факт нарушения той или иной меры пресечения в прошлом, наличие судимости, а также готовность обвиняемого возместить вред, сотрудничать со следственным органом и любое другое релевантное обстоятельство.

Как уже было отмечено выше, с целью обобщения применения в судебной практике мер пресечения в отношении обвиняемого в насилии в семье были проанализированы определения применения меры пресечения судами как западной, так и восточной Грузии на протяжении шести месяцев 2015 года, в результате чего были выявлены следующие тенденции:

1. В подавляющем большинстве случаев мера пресечения, принимаемая районными судами является залогом. Как правило, сумма залога колеблется от 1000 до 5000 лари. При определении суммы залога суд предусматривает личное, семейное и имущественное положение, характер и тяжесть совершенного преступления. Верно, что тяжесть совершенного преступления не являются тем решающим аргументом, на основании которого суд должен принять решение о применении тяжелой меры пресечения, хотя характер преступления, личность потерпевшего (напр., несовершеннолетний потерпевший) являются теми обстоятельствами, которые отягчают виновность лица. Практика показывает, что суд не придает значение тому, обвиняется ли лицо в совершении деяния, предусмотренного частью 1 или 2 статьи 126¹ УК. Например, по определению от 26 февраля 2015 года Гурджаанского районного суда в отношении М.К., который обвинялся в совершении деяния, предусмотренного частью 1 статьи 126¹ УК, и при этом, потерпевший и обвиняемый были членами одной семьи и существовала вероятность продолжения преступного деяния, была применена мера пресечения в виде залога в 1000 лари.⁶ По определению от 16 апреля 2015 года на основании подпункта «б» части 2 статьи 126¹ (в присутствии несовершеннолетнего) к обвиняемому, который находился в разводе и являлся сотрудником ЮЛПП Охранной полиции, и прямой обязанностью которого была защита закона, в виде меры пресечения также был применен залог в размере 1000 лари.⁷ Как правило, определение судом залога в большом размере связано с фактом судимости лица за умышленное и насильственное преступление, т.е. связано со склонностью лица к совершению преступного деяния.⁸

⁶ Определение Гурджаанского районного суда, №10д/48-15, февраля 2015 года.

⁷ Определение Коллегии по уголовно-правовым делам Тбилисского городского суда №10д/1667 от 16 апреля 2015 г.

⁸ По определению Коллегии по Уголовно-правовым делам Тбилисского городского суда, №10д/1928 от 1 мая 2015 года,

2. Гораздо реже суд в виде меры пресечения применяет соглашение о невыезде и должном поведении. В этом случае суд ставит акцент на готовности обвиняемого в любое время явиться в следственный орган, а также на том обстоятельстве, что вменяемое преступление не предусматривает пресечения свободы сроком более года.⁹ В отдельных случаях аргументом применения легкой меры пресечения суд приводит тот факт, что обвиняемый и пострадавший уже помирились и конфликт между ними исчерпан.¹⁰

3. Как уже было отмечено выше, наряду с применением основных видов мер пресечения суд вправе применять дополнительные запретительные меры, хотя нужно с сожалением отметить, что меры такого типа, которые служили бы дополнительной гарантией для защиты пострадавшего от дальнейшего насилия, в проанализированных определениях не встречаются.

4. Исключением являются случаи применения в виде меры пресечения ареста по делу насилия в семье, так как арест – самая строгая мера пресечения, которая по существующей практике в основном применяется в отношении лиц, обвиненных в совершении тяжких и особо тяжких преступлений. Согласно УПК арест может применяться в отношении обвиняемого как крайняя мера, когда достижение цели более легкой мерой невозможно. «Цель ареста не наказание обвиняемого, так как наказание назначается после признания лица виновным после того, как суд вынесет обвинительный приговор».¹¹ Арест – средство обеспечения, с тем, чтобы избежать скрытия обвиняемого, предотвратить препятствование осуществлению правосудия или сбору доказательств или совершение нового преступления. Для обоснования применения ареста в виде пресечения в отношении А.Б. по части 1 статьи 126¹ УК Болнисский Районный Суд привёл следующие аргументы: а) супруги находятся в конфликте, у них напряженные взаимоотношения, что ещё более обостряется при нетрезвом состоянии обвиняемого, а так как А.Б. часто употребляет алкогольные напитки, существует вероятность совершения им нового преступления; б) А.Б. проживает в доме супруги, что создаёт вероятность возникновения спора между супругами и обвиняемый может повторно совершить преступление и г) обвиняемый обвиняется в совершении такого умышленного преступления, которое направлено против здоровья человека и содержит повышенную опасность для общества. Заслуживает

Л.К. обвинялся в совершении деяния, предусмотренного частью 1 статьи 126 УК, он был осужден за совершение особо тяжкого преступления, направленного против жизни человека. Мерой пресечения был применен залог в размере 5000 лари.

⁹ Определение Сигнагского районного суда, № 10д-17-15, 5 февраля 2015 г.

¹⁰ Определение Ахалкалакского районного суда, №10/д-4-15, 4 февраля 2015 г.

¹¹ См. сноска 4, стр. 193.

похвалы подчеркивание судом того, что как в масштабах страны, так и района выросло число домашних насильственных преступлений, поэтому они характеризуются высокой общественной опасностью.¹² Таким образом, при наличии должных оснований, несмотря на то, что статья 126¹ УК, исходя из её санкции, относится к категории менее тяжких преступлений, в случае необходимости суд может в виде меры пресечения применить арест как единственную меру контроля его поведения в будущем.

V. Судебная практика относительно осужденного в совершении домашнего насилия с точки зрения определения наказания

В первой части настоящей статьи мы коснулись установленных УК-ом санкций и мер для преступлений насилия в семье, в данной главе рассмотрим лишь наказания, установленные обвинительными приговорами вследствие существенного рассмотрения дела районными судами как восточной так и западной Грузии за шестимесячный период 2015 года относительно пятидесяти обвиняемых в совершении насилия в семье. Согласно статье 53 УК-а при назначении наказания суд предусматривает как смягчающие, так и отягчающие ответственность обстоятельства, в частности, мотив и цель преступления, противоправную волю, проявленную в деянии, характер и меру нарушения обязательств, вид, способ и противоправные последствия осуществленного деяния, прошлое преступника, личные и экономические условия, поведение после деяния, особенно его стремление возместить ущерб, помириться с потерпевшим.

Вообще в отношении лица должны использоваться такие виды и меры наказания, которые в будущем послужат основой для его безопасной интеграции в обществе и заставят его задуматься и лучше осмыслить характер, общественную опасность и степень осуждаемости, тяжесть последствий содеянного и, наконец, мера наказания должна уменьшить риск повторного совершения обвиняемым преступления, что, в свою очередь, будет способствовать восстановлению справедливости.

Вследствие анализа судебных решений выявилась следующая картина:

В основном к осужденным по части 1 и части 2 статьи 126¹ УК судами в виде наказания применяется общественно-полезный труд. Хотя методика определения времени общественно полезного труда непонятна. Например, Ахалцихским судом в отношении осужденного по части 2 статьи 126 УК было применено наказание в виде общественно- полезного труда

в размере 150 часов.¹³ Санкция того же вида и той же меры была применена в отношении осужденного по части 1 статьи 126¹ Хашурским судом.¹⁴ В отдельных случаях суд рассуждает об опасности щадящей санкции, которая содержит риск появления чувства ненаказуемости.¹⁵ Хотя, даже тогда, когда закон позволяет применить в виде санкции пресечение свободы, суд отдает предпочтение легкому наказанию – такому, как общественно-полезный труд. Лишение свободы в виде наказания было применено только в отношении лица, осужденного в прошлом за умышленное преступление,¹⁶ также в отношении лица, неоднократно совершавшего насилие в семье.¹⁷ Таким образом, насилие в семье является одним из самых распространенных форм насилия и, соответственно, государственная политика по борьбе с отмеченным преступлением ужесточена, о чем свидетельствуют поправки, внесённые в УК 12 марта 2015 года относительно ужесточения санкции статьи 126¹. А тенденция применённых судом наказаний указывает на то, что отношение суда к насильникам остается сравнительно щадящим.

VI. Заключение

Внесение в УКГ статьи 126¹ однозначно должно оцениваться положительно. Криминализация физического и психологического насилия в семье – шаг вперед для эффективной борьбы государства с этим широко распространённым феноменом, хотя, лишь законодательное изменение – это недостаточная мера. Закон нуждается в администрировании и внедрении в практику. Анализ судебных решений выявил следующие тенденции, которые желательно усовершенствовать:

а) Органы следствия и суды делают акцент на эпизодах физического насилия, а психологическое насилие остается без внимания. В том случае, если при существенном рассмотрении дела и исследовании доказательств всплывёт факт не только физического, но и психологического насилия одного члена семьи в отношении другого, желательно, чтобы суд обсудил и это проявление насилия, тем более, что это не вызовет изменения квалификации и отягчения обвинения, предъявленного лицу по статье 126¹ УК.

б) Суд вправе наряду с применением меры пресечения применять и предусмотренные УПК-ом дополни-

¹³ Приговор Ахалкалакского районного суда, №1/5-2015, 19 февраля 2015 года.

¹⁴ Приговор Хашурского районного суда, №1/47-2015, 14 апреля 2015 года.

¹⁵ Приговор Тбилисского Городского суда, №1/67-15, 11 февраля 2015 г.

¹⁶ Приговор Болнисского районного суда, №1/66-15, 22 мая 2015 года.

¹⁷ Приговор Ахалкалакского районного суда, №1/035-15, 27 февраля 2015 года.

¹² Определение Болнисского районного суда, №10/а-4-15, 25 мая 2015 г.

тельные запретительные меры, хотя проанализированные определения показывают, что практика применения этих мер ограничена. Желательно, чтоб суд активизировался в направлении применения дополнительных запретительных мер, так как это создает дополнительные гарантии для защиты потерпевшего в будущем. Роль применения этих мер возрастает на фоне того, что суды мерой пресечения в отношении обвиняемого в преступлении насилия в семье применяют залог и соглашение о невыезде и должном поведении. Также важно, чтоб суд при наличии должных оснований не отказывался от применения ареста только на том основании, что инкриминированное по статье 126¹ деяние относится к категории менее тяжких преступлений. Так как преступления насилия в семье участились по всей стране, они характеризуются высокой степенью общественной опасности, что также должно быть принято судом во внимание при принятии решения по делам этой категории.

в) И, наконец, как уже отмечалось, преступное деяние, предусмотренное статьей 126¹ УК, относится к категории менее тяжких преступлений с соответствующими санкциями, хотя тот факт, что с поправкой, внесенной в УКГ 18 февраля 2015 года, санкция ужесточилась и как первая, так и вторая части статьи 126¹ в виде наказания предусматривают пресечение свободы и тем самым указывают на желание государства проводить жесткую уголовно-правовую политику против этого преступления. Хотя как показал анализ решений суда, в большинстве случаев суд поддерживает применение легкой санкции. Законное, но щадящее отношение суда к насильникам может способствовать разжиганию синдрома безнаказанности.

Правовые гарантии защиты права собственности в прецедентном праве Конституционного Суда Республики Армения

I. Введение

Статьи 8 и 31 Конституции РА из основополагающих прав человека гарантируют право собственности. В связи с защитой права собственности возникает множество проблем, которые стали предметом конституционного правосудия. Конституционный Суд РА в течение своей 20-летней деятельности разработал богатое прецедентное право в отношении механизмов, необходимых для защиты прав человека на собственность, форм правомерного вмешательства в права собственности, а также неправомерных проявлений вмешательства в права собственности.

II. Институт права собственности в постановлениях Конституционного Суда РА

Конституционный Суд РА выразил свои фундаментальные правовые позиции в отношении права собственности в следующих постановлениях: ПКС-630, ПКС-649, ПКС-650, ПКС-667, ПКС-741, ПКС-815, ПКС-901, ПКС-903, ПКС-944, ПКС-983, ПКС-1009, ПКС-1056, ПКС-1073, ПКС-1102, ПКС-1140, ПКС-1142, ПКС-1153, ПКС-1167, ПКС-1210.

В РА развитие права собственности в рамках конституционного правосудия проходило преимущественно в пределах следующих проблем, в частности: во-круг отчуждения собственности для нужд государства и общества, оснований отказа от права собственности и возникновения права собственности, лишения собственности, ограничения права собственности и основных вопросов содержания права собственности.

III. Тенденции развития права собственности в пределах правовых позиций Конституционного Суда РА

Первый, относящийся к праву собственности вопрос, рассмотренный в РА Конституционным Судом после конституционных реформ 2005 года, касался

института отчуждения собственности, установленно-го частью 3 статьи 31 Конституции РА. В постановлении ПКС-630² Конституционный Суд РА выразил фундаментальные правовые позиции относительно таких форм вмешательства в право собственности как лишение собственности и принудительное отчуждение. Конституционный Суд РА, в частности, отметил, что: «Согласно части 1 статьи 31 Конституции РА «Каждый имеет право на владение, пользование, распоряжение своей собственностью и ее наследование по своему усмотрению». Статья 43 Конституции РА не рассматривает право собственности в качестве ограничиваемого права по основаниям этой статьи. Имеет место тот специфический случай ограничения права, когда Конституция РА определяет критерии и пределы ограничения данного права, не отводя это полномочие даже законодателю. Он может, прежде всего, в установленных законом случаях осуществлять исключительно принудительные действия, вытекающие из ответственности, посредством лишения собственности в судебном порядке. Второе «отчуждение собственности», которое существенно отличается от института «лишения собственности», должно осуществляться по основаниями части 3 статьи 31 Конституции РА.

Из конституционно-правового содержания части 3 статьи 31 Конституции РА следует, что:

- Конституция предусматривает возможность ограничения права собственности и принудительного отчуждения собственности собственника;
- это может быть осуществлено для единственной цели, когда в этом нуждаются общество и государство, что должно быть конкретно и четко выражено в отношении определенной собственности и что государство обязано учитывать и удовлетворять при осуществлении своих функций;
- однако, не каждая подобная потребность государства может являться основанием для отчуждения собственности, такие нужды должны быть абсолютными;
- они должны быть обусловлены приоритетным общественным интересом;
- порядок отчуждения собственности должен быть установлен законом (такая формулировка появилась в результате конституционных изменений 27 ноября 2005 года, при этом оставляется на усмотрение законодателя, какой орган правомочен принимать в установленном законом порядке решение о принудительном отчуждении собственности в каждом конкретном случае);
- в случае отчуждения собственности должна быть гарантирована предварительная компенсация;

¹ Главный специалист Экспертно-аналитического отдела Правового консультационного управления Конституционного Суда РА, кандидат юридических наук

² Конституционный Суд РА, ПКС-630, 18 апреля 2006 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

- такая компенсация должна быть равноценной.

Фиксирование в этих требованиях Конституции РА абсолютного приоритетного общественного интереса с одной стороны является гарантией защиты права собственности, так как отчуждение собственности в иных случаях будет противоречить Конституции, с другой стороны для государства ограничивается возможность использования отчужденной собственности в других целях.

Государство обязано посредством закона устанавливать порядок принудительного отчуждения собственности для нужд общества и государства, что должно обеспечить право собственника знать заранее, почему проявляется принудительное вмешательство в отношении его права собственности и для каких конкретных нужд отчуждается собственность. Во всех случаях вмешательство в право беспрепятственного пользования своим имуществом предполагает справедливый баланс между приоритетными интересами общества и необходимостью обеспечения основополагающих прав человека.

В постановлениях ПКС-650³ и ПКС-667⁴ Конституционный Суд РА принял к рассмотрению вопросы, связанные с отказом от собственности, и постановил, что регулирование, предусмотренное частью 2 статьи 280 Гражданского кодекса РА, согласно которому: «Отказ от права собственности не является основанием для прекращения прав и обязанностей собственника в отношении имущества до приобретения права собственности на него другим лицом», выступает как средство обеспечения права собственности, закрепленного в статьях 8 и 31 Конституции РА, в случае, когда имеет место отказ от права собственности, однако другим лицом право собственности в отношении этого имущества еще не приобретено. По основанию части 2 статьи 280 Гражданского кодекса РА не только подчеркивается необходимость обеспечения постоянства прав собственности, но и указывается на обязательства, связанные с реализацией собственником прав собственности.

К основаниям приобретения права собственности Конституционный Суд РА обратился в постановлении ПКС-667, зафиксировав, что давность приобретения причисляется к числу способов приобретения прав собственности. Для приобретения прав собственности в отношении недвижимого имущества по основанию давности приобретения требуется добросовестное, явное, непрерывное, продолжительное владение этим имуществом как собственным. Эти предварительные условия исключают возможность приобретения в собственность чужого имущества, об-

ладатель которого владеет и пользуется им, в частности, на основании аренды, передачи на хранение или других договоров, хотя и добросовестно, явно, непрерывно, продолжительно, однако считая это имущество чужим имуществом с осознанием своих договорных обязательств и владея им как не собственным имуществом.

В постановлении ПКС-741⁵ Конституционный Суд РА придал субъекту права собственности определенность, отметив, в частности, что гарантированная статьей 31 Конституции РА защита права собственности предоставляется тем лицам, право собственности которых уже признано в установленном законом порядке, или которые в силу закона имеют законное ожидание приобретения права собственности.

Во исполнение постановления ПКС-630, которым Конституционный Суд РА признал противоречащим Конституции РА регулирование Гражданским и Земельным кодексами РА отчуждения собственности для общественных и государственных нужд и постановил, что Национальное Собрание РА и Правительство РА обязаны в возможно короткие сроки привести в соответствие с требованиями Конституции РА и постановлений Конституционного Суда РА многочисленные правовые акты, связанные с проблемой рассматриваемого предмета и специально отрегулировать законом особый правовой режим отчуждения собственности для общественных и государственных нужд, обусловленный приоритетными общественными интересами. 27 ноября 2006 года Национальным Собранием РА принят Закон РА «Об отчуждении собственности для нужд общества и государства», вопрос конституционности положений которого рассмотрен Конституционным Судом РА в постановлении ПКС-815⁶. Конституционный Суд РА принял к рассмотрению конституционность наиболее спорных норм, дав оценку, насколько правовые позиции, отраженные в постановлении ПКС-630, отражены в новом законе. Была поднята проблема, относящаяся к основанию принудительного отчуждения, в связи с чем Конституционный Суд РА отметил, что положение «...Конституционной основой отчуждения собственности для нужд общества и государства является исключительно приоритет общественного интереса» включает нужды общества и государства, обусловленные исключительно приоритетом общественного интереса. В данной формулировке термин «основа» подчеркивает наличие того единственного условия, при котором возможно отчуждение собственности. Правоприменительная практика и оценка фактических обстоятельств любого дела должны исходить из

³ Конституционный Суд РА, ПКС-650, 10 октября 2006 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

⁴ Конституционный Суд РА, ПКС-667, 21 ноября 2006 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

⁵ Конституционный суд РА, ПКС-741, 18 марта 2008 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

⁶ Конституционный суд РА, ПКС-815, 14 июля 2009 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

этого конституционно-правового содержания указанного положения. «Нужды общества и государства» и «исключительный приоритет общественного интереса» выступают в одном органическом единстве и, тем не менее, наличие исключительного приоритета общественного интереса является тем **условием**, при котором становится возможным отчуждение собственности **для нужд общества и государства**. Этим постановлением Конституционный Суд РА подчеркнул, что закон должен устанавливать порядок отчуждения собственности для нужд общества и государства, придав определенность «особенностям отчуждения различных объектов собственности в правомерных целях». В указанный закон впоследствии дважды были внесены изменения законами ЗР-121-Н и ЗР-105-Н, в которых, однако, указанная правовая позиция Конституционного Суда РА не была отражена.

Постановлением ПКС-901⁷ Конституционный Суд РА, рассмотрев проблему сервитута, **дал оценку допустимым пределам ограничения права собственности**. Суд зафиксировал, что сервитут – это право ограниченного пользования имуществом, являющимся собственностью другого лица, реализацией которого собственник обремененного сервитутом имущества не лишается своего конституционного права владения, пользования и распоряжения этим имуществом. Постановление призывает к неполному, ограниченному и продиктованному в необходимости использованию имущества, являющегося собственностью другого лица. Суд зафиксировал: «Европейский Суд по правам человека при оценке правомерности ограничения права собственности в ряде своих вердиктов основывался на следующих основных принципах и критериях:

- ограничение права собственности совместимо с общей нормой, закрепленной в первом предложении пункта 1 статьи 1 Первого протокола к Конвенции, если обеспечено «справедливое равновесие» между общим общественным интересом и требованиями по защите основных прав личности;
- меры по ограничению права собственности должны удовлетворять «требованию законности» и не являться «волевыми»;
- оспариваемые меры, направленные на ограничение права собственности, должны быть предусмотрены законом или соответствовать общим принципам международного права;
- закон, предусматривающий меры, направленные на ограничение права собственности, должен удовлетворять ряду требований, которые предъявляются как к качеству и содержанию закона, так

и к принявшим его органам и законности осуществления ими своих полномочий;

- меры по ограничению права собственности должны преследовать правомерную цель, вытекающую из общественного интереса;
- в случае ограничения права собственности государство обязано соблюдать разумное соотношение пропорций между требованиями к защите права собственника и защите общего интереса, то есть, мера ограничения должна быть «разумной и надлежащей для достижения своей цели» и равноценной этой цели». Конституционный Суд РА рассмотрел институт сервитута как осуществление предусмотренного статьями 8 и 31 Конституции РА конституционно-правового принципа реализации права собственности личности свободно и по своему усмотрению с такими ограничениями, которые являются правомерными и обусловлены необходимостью учета прав и законных интересов других лиц, общества и государства.

В постановлении ПКС-903⁸ Конституционный Суд РА выразил принципиальные правовые позиции относительно института лишения собственности, закрепленного в части 2 статьи 31 Конституции РА, которые стали основой для конституционно-правовой оценки норм, оспариваемых впоследствии в Конституционном Суде РА, когда предмет рассмотрения касался проблемы лишения собственности (ПКС-1073, ПКС-1142, ПКС-1153). Этим постановлением Конституционный Суд РА в числе форм вмешательства в право собственности, зафиксированных в постановлении ПКС-630, зафиксировал также в качестве форм ограничения права собственности ограничение осуществления права собственности при запрете на причинение вреда окружающей среде, на нарушение прав и законных интересов других лиц, общества и государства (предложение второе части 1 статьи 31), а также ограничение права на землю для иностранных граждан и лиц без гражданства. Относительно лишения собственности Суд, в частности, отметил: «Часть 2 статьи 31 Конституции РА закрепляет судебную гарантию неприкосновенности собственности. Использованное в этом положении понятие «лишения собственности» в сфере конституционно-правовых отношений имеет автономное содержание.» К конституционно-правовому содержанию понятия «лишение собственности» Конституционный Суд РА обратился в указанном постановлении ПКС-630, в котором при обособлении случаев ограничения права собственности, допускаемых Конституцией РА, лишение собственности охарактеризовал как принудительное действие, вытекающее из ответственности. Учитывая

⁷ Конституционный Суд РА, ПКС-901, 29 июня 2010 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

⁸ Конституционный Суд РА, ПКС-903, 13 июля 2010 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

также эту характеристику Конституционный Суд РА считает, что институту лишения собственности присущи следующие основные обязательные элементы:

- при лишении собственности имеет место **безвозмездное прекращение** вопреки воле и согласию собственника его права собственности в отношении данного имущества;
- лишение собственности применяется в качестве меры ответственности;
- в случае лишения собственности имеет место единовременное и полное прекращение имеющихся правомочий собственника по распоряжению, владению и пользованию данным имуществом **без гарантии непрерывности**.

В постановлении ПКС-983⁹ Конституционный Суд РА выразил позицию относительно позитивных обязательств государства по защите собственности, установив в частности, что «принцип неприкосновенности собственности означает не только то, что собственник как носитель субъективных прав правомочен требовать, чтобы другие лица не нарушали его право собственности, но также предполагает обязанность государства по защите собственности личности от незаконных посягательств. Эта обязанность государства в ситуации, составляющей предмет вопроса, требует обеспечения эффективной системы для защиты имущественных прав и восстановления понесенного ущерба лиц, пострадавших от преступлений».

В постановлении ПКС-1009¹⁰ Конституционный Суд, обсудив проблемы общего права собственности, рассмотрел их в свете понятия «по усмотрению лица» части 1 статьи 31 Конституции РА и зафиксировал, что «В этой норме Конституции с упором на формулировку «по своему усмотрению» в основе реализации права собственности заложена четко выраженная воля собственника, последняя рассматривается как обязательное предварительное условие реализации права собственности и придает решающую роль выражению воли личности в процессе реализации собственности. Содержание этого положения сводится также к тому, что реализация имущественных прав должна осуществляться на основании принципов неприкосновенности собственности и договорной свободы, которые в числе прочих предполагают **автономность воли и имущественную самостоятельность участников гражданско-правовых отношений**. Конституционный Суд РА отмечает, что положение, закрепленное в первом предложении части 1 статьи 31 Конституции РА, гарантирует равную защиту для всех видов собственности и относится как к единоличному, так и общему праву собственности.

Содержание права общей собственности в отношении недвижимого имущества должно толковаться таким образом, чтобы его защита была равноценна защите, предусмотренной для защиты права собственности лица. При общей собственности (долевой и совместной) каждый из совладельцев выступает в качестве самостоятельного субъекта имущественных правоотношений, наделенных субъективным правом собственности, содержащим правомочие на пользование, распоряжение и владение **по своему усмотрению**. Следовательно, правомочие на владение имуществом, находящимся в общей собственности, а также на пользование и распоряжение им может быть реализовано только по взаимному согласию всех совладельцев, на основании **волеизъявления** каждого совладельца. Выражение «отсутствие несогласия есть согласие» в аспекте реализации права собственности, в частности права распоряжения имуществом, логически противоречит принципу «по усмотрению лица» или «проявлению автономной воли субъектов правоотношений», вытекающего из правового содержания статьи 31 Конституции РА, так как в этом случае правовым исходным пунктом является не заключение сделки в условиях отсутствия непредусмотренности чего-либо иного по согласию, а **конкретное наличие усмотрения лица в вопросе реализации права собственности**.

Развитие институтов лишения собственности и ограничения осуществления права собственности нашло свое отражение в постановлении ПКС-1073¹¹, в котором предметом рассмотрения стал институт наложения ареста на имущество, закрепленный в статье 30.2 Закона РА «О налогах». Связанные с наложением запрета правовые позиции применялись впоследствии в постановлениях ПКС-1153 и ПКС-1210. Конституционный Суд РА сопоставляя элементы института лишения собственности, отраженные в постановлении ПКС-903 по поводу наложения ареста, зафиксировал:

«... наложение ареста на имущество, являющееся собственностью лица, применяется в пределах и целях обеспечения выполнения налогового обязательства по линии контролируемых доходов (часть 1 статьи 30.2 Закона РА «О налогах») и, следовательно, это не **является мерой ответственности, применяемой при правонарушении**;

- наложение ареста осуществляется посредством ограничения (часть 1 статьи 30.2 Закона РА «О налогах») имущественных прав (владения, распоряжения или пользования), это **не является единовременным и полным прекращением правомочий собственника без гарантии непрерывности**;

⁹ Конституционный Суд РА, ПКС-983, 12 июля 2011 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

¹⁰ Конституционный Суд РА, ПКС-1009, 24 февраля 2012 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

¹¹ Конституционный Суд РА, ПКС-1073, 5 февраля 2013 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

- при наложении ареста **вообще не применим принцип возмещаемости**;
- наложение ареста осуществляется налоговым органом во **внесудебном порядке**...». В связи с ограничением осуществления права собственности Конституционный Суд РА зафиксировал, что законодатель обременяет осуществление права собственности требованием соблюдения определенных общественных ценностей. Таковыми являются окружающая среда, права и законные интересы **других лиц**, общества и государства. Такой подход призван обеспечить разумное равновесие между правами собственника и другого лица и общественными интересами, признавая осуществление права собственности лица в отношении имущества гарантированным, но не абсолютным». «С точки зрения подхода к выявлению проблемы, предложенного по этому делу, особо важно зафиксировать, что применение конституционно-правовых норм существующего законодательного регулирования особо гарантировано в случае такого правосоприятия, когда конституционное право личности по установленным законом основаниям является мерой для обеспечения исполнения конституционной обязанности. То есть, право и обязанность выступают не только как юридически допустимые средства, характеризующие субъективный статус личности или призванные осуществлять в общественных отношениях субъективные закономерные возможности и желания, но и являются важными составляющими правового регулирования, и в данном случае служат решению проблем, направленных на удовлетворение государственных и общественных нужд посредством обеспечения выполнения лицом налоговых обязательств.

В этом аспекте Конституционный Суд РА устанавливает, что конкретной правовой целью, предусмотренной оспариваемыми нормами по настоящему делу, является обеспечение государственным уполномоченным органом выполнения контролируемым этим органом лицом (физическим и юридическим) своей субъективной обязанности, которая имеет конституционно предопределенное общественно-правовое значение, так как призвана гарантировать выполнение предписаний, заложенных в статьях 45, 48, 83.5, 89 и 106 Конституции РА. Допускаемой законом мерой по осуществлению этой цели является ограничение имущественных прав личности согласно правовому содержанию оспариваемых норм. То есть, главной целью правового регулирования, положенного в основу рассмотренных норм по данному делу, является обеспечение выполнения лицом конституционных обязанностей равноценно своим обязанностям при временном ограничении его конституционного права.

Постановлением ПКС-1142¹² Конституционный суд РА вновь подтвердил правовые позиции относительно содержания права собственности и форм вмешательства в право собственности, отраженные в постановлениях ПКС-703 и ПКС-1009.

В постановлении ПКС-1153¹³ Конституционный Суд РА, рассмотрев конституционность регулирования изъятия перемещаемых через таможенную границу предметов, предусмотренных частью 1 статьи 224 Таможенного кодекса в части изъятия перемещаемых при нарушении таможенного режима предметов, независимо от принадлежности собственности, рассмотрел это в свете правовой позиции, выраженной в связи с институтом наложения ареста, отраженного в постановлении ПКС-1073, как ограничение осуществления права собственности в силу части 1 статьи 31 Конституции РА, и посчитал, что обусловленное неправомерным поведением (действием или бездействием) другого лица ограничение права собственности лица для обеспечения выполнения лицом, допустившим нарушение своего обязательства, выступает в качестве неправомерного вмешательства в право собственности лица, не допустившего правонарушение, и не взаимосвязано с необходимостью гарантирования нормального процесса производства по нарушениям таможенных правил. Кроме этого Суд зафиксировал, что гарантии, указанные в постановлении ПКС-1073 преимущественно приводят к тому, что наложение ареста/изъятие в отношении имущества для обеспечения выполнения обязательств может применяться после исчерпания всех возможностей по обеспечению выполнения обязательств иными средствами. На практике же являющееся предметом рассмотрения имущество изымается немедленно, независимо от принадлежности собственности, следовательно, неправомерным способом. Кроме этого, в Таможенном кодексе не имеется альтернативных регламентов для изъятия имущества, тогда как при рассмотрении вопроса конституционности института наложения ареста в рамках налоговых правоотношений Конституционный Суд РА рассматривает наличие таковых как необходимое условие обеспечения защиты прав личности. В Таможенном кодексе отсутствует также перечень тех видов имущества, удержание которых запрещается. Между тем, наличие такого регламентирования в Законе РА «О налогах» также признано Конституционным Судом РА в его постановлении ПКС-1073 в качестве важной гарантии защиты прав в процессе реализации наложения ареста». Конституционный Суд также установил, что полномочия компетентного органа и процедуры

¹² Конституционный Суд РА, ПКС-1143, 2 апреля 2014 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

¹³ Конституционный Суд РА, ПКС-1153, 3 июня 2014 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

выполнения полномочий должны быть закреплены законодательным образом. Гарантии, отраженные в постановлении Конституционного Суда РА в таможенном законодательстве еще не отражены.

В постановлении ПКС-1210¹⁴ Конституционный Суд РА развил свои ранее выраженные правовые позиции относительно конституционного принципа ограничения осуществления права собственности, закрепленного в части 1 статьи 31 Конституции РА, рассматривая проблемы вмешательства в права собственности в контексте института взыскания штрафа во внесудебном порядке, установив, в частности, что «соразмерное применение административных мер для выполнения предусмотренных законом правомерных обязательств не может рассматриваться в качестве посприяния права собственности или лишения собственности. Существенным является гарантирование эффективного средства судебной защиты против административного вмешательства».

IV. Выводы

Анализ правовых позиций, выраженных относительно права собственности в постановлениях Конституционного Суда РА свидетельствует о том, что Конституционный Суд РА разработал четкие критерии, которые позволяют обеспечить защиту права собственности от неправомерного вмешательства. Такая защита, как сформулировал Конституционный Суд РА в ряде своих постановлений, не только требует у государства воздерживаться от нарушения права собственности, но и предполагает позитивную обязанность государства по разработке эффективных регламентов для защиты права собственности (ПКС-983, ПКС-1102, ПКС-1009). Конституционный Суд РА в своих постановлениях проявил последовательность в вопросе разработки признаков форм вмешательства в права собственности, отметив, что имеется специфический случай ограничения прав, когда Конституция РА определяет критерий и пределы ограничения данного права, не отводя это даже к компетенции законодателя.

Конституционный Суд РА не только признал противоречащими Конституции РА и недействительными те или иные нормы, относящиеся к праву собственности (ПКС-630, ПКС-1142, ПКС-1153 и другие), но и в ряде случаев выявил конституционно-правовое содержание оспариваемых норм и признал оспариваемые нормы соответствующими Конституции РА, указав при этом на правовые позиции, без соблюдения которых применение оспариваемых норм не может гарантировать защиту права собственности чело-

века. Такие правовые позиции в некоторых случаях были направлены на правоприменителя (ПКС-1073), в других случаях – на законодательный орган РА (ПКС-1142, ПКС-1153). Предметом рассмотрения Конституционным Судом РА стали и материально-правовые, и процессуально-правовые нормы. Процессуальные вопросы Конституционный Суд РА принимал к рассмотрению в постановлениях ПКС-1073, ПКС-1142, ПКС-1153, ПКС-1167, ПКС-1210. Процессуальные вопросы касались применения института наложения ареста, сроков принятия наследства, порядка взыскания штрафа и прочего. Из предъявляемых Конституционному Суду РА процессуальных вопросов в последнее время преимущественно преобладают вопросы ограничения осуществления права собственности для обеспечения осуществления обязательств лица в рамках различных правоотношений, каковыми, например, являются наложение ареста, изъятие имущества, взыскание штрафа.

¹⁴ Конституционный Суд РА, ПКС-1210, 26 мая 2015 г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

Судебная практика, сформировавшаяся в Республике Армения в связи с процессуальной правосубъектностью общественных организаций

I. Предисловие

В Республике Армения постановка вопросов, касающихся процессуальной правосубъектности общественных организаций, в частности с точки зрения института «*actio popularis*», приобрела актуальность в последние годы, что обусловлено процессами оспаривания в судебном порядке административных актов общественными, преимущественно экологическими организациями. Следует заметить, что вынесенные в связи с этим судебные акты не выделяются необходимым единством в применении законов, а в связи с предметом спора по разному толкуются постановления Конституционного Суда РА. Отметим, что имеющиеся в этой сфере проблемы и зачастую взаимоисключающие подходы в их отношении присущи не только Республике Армения, но и ряду иностранных государств и это обстоятельство еще более подчеркивает актуальность этих проблем и необходимость формирования единой правоприменительной практики по результатам их комплексного исследования.

II. Конституционность законодательства РА относительно процессуальной правосубъектности общественных организаций и сформировавшаяся в связи с этим судебная практика

Еще в постановлении Конституционного Суда РА по делу об определении вопроса соответствия Конституции РА обязательств, закрепленных в Орхусской конвенции, зафиксировано, что Республика Армения приняла по Конвенции ряд обязательств, в том числе: «обеспечивать в рамках внутригосударственного законодательства посредством системы правосудия или независимого и беспристрастного органа максимально облегченную возможность восстановления нарушенных прав лиц, предусмотренных Конвенцией, вплоть до создания соответствующей системы устранения или минимализации финансовых

или иных препятствий для доступности правосудия»². Достоянна внимания формулировка, имеющаяся в пункте 3 настоящего постановления, согласно которой закрепленные в Конвенции обязательства призваны обеспечивать также осуществление судебной защиты нарушенных прав и свобод личности и права получения с этой целью необходимой юридической помощи.

В связи с вопросом конституционности выражения «его»³ после слова «нарушено» пункта первой части первой статьи 3 Кодекса административного судопроизводства Республики Армения (28.11.2007 г.)⁴ в судебных актах, вынесенных в отношении Тегхутского месторождения, согласно постановлению Конституционного Суда РА⁵ возникла необходимость основательно обратиться к проблеме процессуальной правосубъектности общественных организаций. Проанализировав, в частности, оспариваемую норму и сопоставив ее с положениями статьи 18 Конституции РА Конституционный Суд РА счел, что эта норма соответствует Конституции РА в пределах правовых позиций, изложенных в указанном постановлении.

В связи с этим Конституционный Суд РА зафиксировал: «Изучение Кодекса административного судопроизводства РА показывает, что последний и, в частности, его статья 3 не установил для заинтересованных общественных организаций *случаи и порядок реализации* (подчеркнуто нами) права обращения в суд относительно нарушенных прав других лиц. ... Конституционный суд РА считает, что Кодекс административного судопроизводства РА может установить для заинтересованных общественных организаций (наделенных соответствующими уставными полномочиями) как юридических лиц случаи и порядок реализации права обращения в суд относительно нарушенных прав других лиц в данной сфере, с учетом современных европейских тенденций развития, связанных с институтом жалоб *actio popularis*. Такое

² См. пункт 2 постановления Конституционного Суда РА ПКС-269 от 26 декабря 2000 г.

³ Согласно части 1 статьи 3 Кодекса административного судопроизводства РА от 05.12.2013 г. каждое физическое или юридическое лицо в установленном настоящим Кодексом порядке имеет право обращаться в административный суд, если сочтет, что по административному акту, действию или бездействию государственного органа или органа местного самоуправления, либо его должностного лица нарушены или непосредственно могут быть нарушены его права или свободы, закрепленные Конституцией РА, международными договорами, законами или иными правовыми актами РА.... В этом аспекте можно отметить, что в новом Кодексе административного судопроизводства РА нашли место аналогичные с Кодексом 28.11.2007 года.

⁴ Кодекс утратил силу 05.12.2013 г. (ЗР-139-Н).

⁵ См. Постановление Конституционного Суда РА ПКС-906 от 7 сентября 2010 г.: «По делу об определении вопроса соответствия выражения «его» после слова «нарушены» первого пункта первой части статьи 3 Кодекса административного судопроизводства Республики Армения Конституции Республики Армения на основании заявления общественной организации «Ванадзорский офис Хельсинкской Гражданской Ассамблеи».

¹ Доцент Кафедры конституционного права Юридического факультета Ереванского государственного университета.

правовое регулирование будет способствовать не только защите нарушенных прав и законных интересов, в том числе и эффективности судебной защиты, но и повысит роль общественных организаций, являющихся компонентом гражданского общества. При этом, при установлении случаев и порядка реализации права обращения в суд или в другие органы и к другим должностным лицам относительно нарушенных прав других лиц надо будет учитывать только те общественные организации, **целью которых является защита конкретных коллективных или муниципальных интересов**. Такая позиция созвучна также с пунктом 3 части 1 статьи 15 Закона РА «Об общественных организациях», согласно которому организация для осуществления своих предусмотренных уставом целей вправе представлять и защищать в установленном законом порядке свои права и законные интересы и права и законные интересы своих членов в других организациях, **в суде**, в органах государственного управления и местного самоуправления. Результаты изучения международного опыта в связи с правом обращения в суд за защитой прав других лиц (*“Actio popularis”*) в административном судопроизводстве свидетельствуют о том, что в европейских странах этот институт в своем классическом смысле, как правило, не имеет применения... Во всех случаях основной подход состоит в том, что *actio popularis* без правового интереса должен исключаться»⁶.

Таким образом, можно зафиксировать, что Конституционный Суд РА пришел к выводу, что как положения статьи 15 Закона РА «Об общественных организациях», так и оспариваемые положения статьи 3 Кодекса административного судопроизводства РА (28.11.2007 г.), по существу не исключают защиту прав других лиц на принципе *«actio popularis»* общественными организациями в соответствующих условиях *правовой заинтересованности* (подчеркнуто нами). При этом, основанием для такого вывода явились положения, закрепленные в статьях 18 и 19 Конституции РА, которые также не предусматривают «возможности обращения в суд в целях защиты нарушенных прав других лиц». Другой вопрос – отсутствие законодательного закрепления случаев и порядка реализации права обращения в суд за защитой нарушенных прав других лиц в связи с заинтересованности общественными организациями.

Ключевым критерием реализации права подачи общественными организациями иска в суд по административным делам является правовая заинтересованность, в связи с чем Кассационный суд РА выразил следующую правовую позицию: «По настоящему делу экологическая общественная организация «Экодар»

по смыслу Орхусской конвенции⁷ является «заинтересованной»⁸ организацией, следовательно и пользуется следующим из уставных целей этой организации правом судебной защиты по вопросу, касающемуся охраны окружающей среды»⁹.

В связи с рассматриваемым предметом достойно внимания решение Административного суда РА от 24 марта 2010 года по делу №Ч/1/3275/05/09, в котором, в частности, отмечается: «Административное правосудие носит адресованный характер. То есть, лицо не может обращаться за судебной защитой по любым или абстрактным требованиям, а оно может обращаться в суд только, если оно является заинтересованным лицом, то есть, если административным органом нарушены публичные субъективные права личности. Административное судопроизводство, в первую очередь, служит защите прав, личных интересов человека и гражданина. Это означает, что к административному правосудию в качестве соискателя может обращаться только то лицо (физическое или юридическое), которое сочтет, что его права или интересы непосредственно затрагиваются администрированием. Лица не могут обращаться в суд в качестве соискателей проведения не касающегося их какого-либо администрирования только по той причине, что они вообще заинтересованы в правомерных действиях административных органов»¹⁰.

Ссылаясь на постановление Конституционного Суда РА ПКС-269 от 26 декабря 2000 года Административный суд РА зафиксировал: «Постановлением еще раз аргументируется, что Орхусская конвенция не наделяет общественные организации прямой процессуальной правосубъектностью. Из указанной Конвенции такое обязательство не следует непосредственно, так как государство должно само «обеспечивать в рамках внутригосударственного законодательства посредством системы правосудия или независимого и беспристрастного органа максимально облегченную возможность восстановления нарушенных прав лиц, предусмотренных Конвенцией». Такие правовые субъекты установлены Кодексом административного судопроизводства РА, что позво-

⁷ Конвенция 1998 года (Орхусская конвенция) «О доступе к информации, участии общественности в принятии решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды».

⁸ «Заинтересованная общественность» означает общественность, которая затрагивается или может затрагиваться процессом принятия решений по вопросам, касающимся окружающей среды, или которая имеет заинтересованность в этом процессе; для целей данного определения неправительственные организации, содействующие охране окружающей среды и отвечающие любым требованиям, предъявляемым национальным законодательством, считаются организациями, имеющими заинтересованность (пункт 5 статья 2 Орхусской конвенции).

⁹ См. постановление Кассационного суда РА от 30.10.2009 г. по административному делу № Ч/1/3275/05/09.

¹⁰ См. решение Административного суда РА от 24.03.2010г. по делу № Ч/1/3275/05/09.

⁶ См. там же, пункты 6-8.

ляет осуществлять полноценную защиту нарушенных прав лиц, в число которых, однако, общественные организации не включены»¹¹. Из судебного акта, вынесенного по настоящему делу, становится очевидным, что суд руководствовался логикой, согласно которой действующее законодательство исключает возможность судебной защиты прав других лиц общественными организациями, отказывая в иске общественных организаций. Постановлением Кассационного суда РА от 01.04.2011 г. в представленном по этому делу кассационном иске было отказано¹². При этом в постановлении делается ссылка на постановление Конституционного Суда РА ПКС-609 от 7 сентября 2010 года, согласно которому такое участие по существу считается правомерным.

По нашему убеждению, в основе процессуальной правосубъектности общественных организаций заложена исключительно объективная правовая заинтересованность или, иначе говоря, существенно нарушение объективного права. Речь идет о нарушении того объективного права, которое имеет публичное значение, вытекает из публичных отношений и в котором данная общественная организация, исходя из ее уставных целей, имеет «достаточную заинтересованность». Заметим, что данный термин получил свое закрепление в пункте 2 статьи 9 Орхусской конвенции¹³, в связи с чем Комитет по соблюдению Орхусской конвенции, действующий при Европейской экономической комиссии ООН соответствующим решением зафиксировал, что непринятием к производству предъявленного экологической общественной организацией «Экодар» судебного иска, оспаривающего административные акты, касающиеся эксплуатации Техутского месторождения, нарушены требования части 3 статьи 9 Орхусской конвенции. Одновременно Комитет предложил Правительству РА внести изменения, в частности, в Закон РА «Об общественных организациях» и в Кодекс административного судопроизводства РА, с целью укрепления прав общественных организаций

¹¹ В связи с этим см. также постановление Совета председателей судов РА № 127 от 17.09.2011 г. «О судебной практике по применению статьи 79 Кодекса административного судопроизводства Республики Армения».

¹² См. Постановление Кассационного суда РА от 01.04.2011 г. по административному делу № Ч/1/3275/05/09.

¹³ Каждая Сторона в рамках своего национального законодательства обеспечивает, чтобы соответствующие представители общественности, проявляющие достаточную заинтересованность, или в качестве альтернативного варианта, считающие, что произошло нарушение того или иного права, когда это обусловлено в административных процессуальных нормах соответствующей Стороны, имели доступ к процедуре рассмотрения принятых решений в суде и/или другом независимом и беспристрастном органе, учрежденном в соответствии с законом, с целью оспаривать законность с правовой и процессуальной точки зрения любого решения, действия или бездействия при условии соблюдения положений статьи 6, и, где это предусматривается в соответствии с национальными законами и без ущерба пункту 3 ниже, других соответствующих положений настоящей Конвенции.

на оспаривание в судебном порядке действий административных органов¹⁴.

В 2014 году утверждено вышеуказанное решение Комитета по соблюдению Орхусской конвенции 2013 года, зафиксировав, что лишив общественные объединения права обращения в суд с иском об оспаривании законности эксплуатации Техутского месторождения, правительство Армении нарушило зафиксированное в Орхусской конвенции право общественных объединений обращаться в суд с иском о защите общественных интересов¹⁵.

В связи с рассматриваемой проблемой, внедрению единой правоприменительной практики, возможно, могут способствовать регулирования, предусмотренные проектом Закона РА «О внесении дополнений в Кодекс административного судопроизводства Республики Армения» в соответствии с правовыми регулированиями, закрепленными в проекте нового Закона РА «Об общественных организациях»¹⁶.

III. Зарубежная судебная практика относительно правосубъектности общественных организаций

В отдельных иностранных государствах *locus standi* неправительственных организаций обусловлен наличием прав и законных интересов и судами ему придается либо узкое, либо, наоборот, широкое толкование. Так, например, в 1998 году Суд европейского сообщества в связи с вопросом правосубъектности по экологическим вопросам отказался принять широкий подход по делу «Совет Гринписа и другие против Европейской Комиссии» (С-321/95, (1998) ECR I-1651). Несколько частных лиц и неправительственных орга-

¹⁴ См. Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/62 concerning compliance by Armenia (adopted by the Compliance Committee on 28 June 2013), <IV. Conclusions and recommendations>.

¹⁵ См. Economic Commission for Europe, Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Fifth session, Maastricht, the Netherlands, 30 June and 1 July 2014), Decision V/9a on compliance by Armenia.

¹⁶ См. <http://moj.am/legal/view/article/713>. В частности, согласно статье 216.6 проекта Закона РА «О внесении дополнений в Кодекс административного судопроизводства Республики Армения»: «1. Общественная организация представляет в суде законные интересы возможных или фактических выгодоприобретателей в сфере охраны окружающей среды, историко-культурных ценностей, а также в других сферах, непосредственно установленных законом. 2. Общественная организация в случаях, установленных в части 1 настоящей статьи, может подавать иск, если:

1) исковое заявление вытекает из уставных целей и задач организации, а также направлено на защиту прав возможных или фактических выгодоприобретателей организации; 2) она участвовала в процессе принятия обжалуемого акта или совершения действий по нему, а также обращалась или принимала меры для обжалования данного акта или действия и указанное обстоятельство подтверждается сведениями, обосновывающими факт участия или принятия мер, и 3) в течение не менее 2 лет, предшествующих моменту подачи иска, она осуществляла деятельность в сферах, указанных в части 1 настоящей статьи».

низаций подали в суд исковое заявление, оспаривая законность финансирования Европейским Союзом строительства Испанией двух электростанций, работающих на сырье, добываемом на Канарских островах. Суд первой инстанции отказался рассматривать дело, после чего последовал отказ Суда европейского сообщества. Согласно соответствующему положению Договора «Об основании фонда Европейского сообщества» (статья 230(4))¹⁷ любое физическое или юридическое лицо может подавать исковое заявление, оспаривая те решения, которые приняты в отношении указанного лица персонально, а также те решения, которые хотя и приняты в форме регламента или постановления, адресованного другому лицу, однако непосредственно или персонально затрагивают его интересы.

Суд первой инстанции решил, что Гринпис, как неправительственная организация, не может иметь *locus standi*, так как эта организация не представляет лиц, имеющих *locus standi*, и не имеет собственной конкретной заинтересованности. При наличии общей общественной заинтересованности аргументы организации «Гринпис» относительно недостатков в сфере применения *locus standi* и законов Европейского Союза (что обусловлено ограничением в толковании вышеуказанной статьи 230), а также аргумент относительно того, что право получения информации и консультаций касательно процедуры оценки воздействия на окружающую среду позволяет ей обращаться в суд, не были учтены Судом европейских сообществ.

В некоторых государствах, где установлены строгие законодательные требования к проверке наличия законного интереса, *locus standi* был расширен посредством толкования. В этом аспекте общественные организации в вопросе приобретения *locus standi* добились определенного успеха в Норвегии, хотя там также применяется критерий наличия законного интереса¹⁸. Еще в 1979 году норвежской компании по охране природы «Alta» (Norges Naturvernforbundet) был предоставлен *locus standi*. В связи с этим Верховный Суд Норвегии постановил: «Исходя из обстоятельств у истца может иметь место законный интерес для подачи иска, если даже решение не имеет непосредственное воздействие на его правовое положение. В зависимости от обстоятельств заинтересованная организация также может иметь необходимый законный интерес, если даже разрешение вопроса не оказывает непосредственного воздействия на права

организации или ее членов. Необходимость судебного контроля за деятельностью государственных органов может являться решающим фактором в данном вопросе»¹⁹.

Законодательством ряда государств реализация общественными организациями права обращаться в суд обусловлена наличием достаточной заинтересованности. В связи с этим достоин внимания опыт Швеции, где прежде для получения возможности опротестования экологических допусков организации по охране природы должны были осуществлять деятельность более чем три года и иметь не менее 2000 членов, и это обстоятельство рассмотрено Судом Европейского Союза как нарушение требований законодательства Европейского Союза, направленного на имплементацию Орхусской конвенции²⁰. Законодательство Швеции, касающееся доступности правосудия для общественных организаций, было изменено. Согласно статьям 13-14 главы 16 Экологического кодекса Швеции экологические организации, которые согласно своим уставам имеют целью содействовать охране природы и защите окружающей среды, могут в соответствии с Кодексом опротестовывать решения относительно соответствующих допусков и подтверждений.

В контексте рассматриваемого вопроса примечательными являются акты Суда Европейского Союза. В частности, в казуальной части постановления (*preliminary ruling*) Суда (Четвертая палата) от 12.05.2011 года указано: «Национальное законодательство государств-членов ЕС не может ограничивать возможность обжалования решений, имеющих возможное существенное воздействие на окружающую среду, по основанию неналичия нарушения персональных интересов и *должно учитывать также общественные интересы* (подчеркнуто нами), когда заявитель настаивает на факте нарушения закона, следующего из экологического законодательства ЕС. В основу настоящего решения Суда заложено требование статьи 10а Директивы 85/337 по оценке воздействия на окружающую среду относительного того, что для членов заинтересованного общества, имеющих достаточную заинтересованность или указывающих на факт нарушения права, должны быть доступны процедуры судебной защиты. Они должны наделяться возможностью обжалования решений в связи с вопросами, в отношении которых Директива 85/337 предусматривает требование общественного участия. Согласно статье 10а Директивы национальное законодательство, предусматривая «достаточное

¹⁷ См. europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/ec_cons_treaty_en.pdf.

¹⁸ См. Section 28 of the Administration Act (Forvaltningsloven) and section 54 of the (Civil) Procedure Act (Tvistemalsloven) require that a party has a "legal interest": См. также Bugge, Hans Christian, The new article on environmental protection in Norway's Constitution, in World Survey, op. cit., стр. 321, ("There are no special rules for environmental rights and interest"):

¹⁹ See Case report at NRt 1980, т. 2, стр. 569 & 575, quoted in Basse, Ellen Margrethe, Report from Denmark, in The concept of interest, op. cit., т. 2, стр. 41:

²⁰ См. Case C-263/08, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsforening v. Stockholms kommun*, Judgement of the Court (Second Chamber) of 15 October 2009:

участие» и критерии «нарушения прав», должно обеспечить их соответствие цели обеспечения широкой доступности к правосудию. Если положения, закрепленные в Директиве 85/337, предоставляют государствам-членам значительное усмотрение в вопросе установления для физических лиц критериев по двум вышеупомянутым понятиям, о том же самом нельзя говорить об общественных организациях, занимающихся вопросами защиты окружающей среды. На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что Директива 85/337 ЕС исключает такое регулирование национальным законодательством, когда запрещается обжалование общественными организациями разрешений на строительство, предположительно нарушающих положения экологического законодательства ЕС с мотивацией отсутствия персонального интереса»²¹.

Считаем нужным отметить, что изучение законодательства вышеупомянутых европейских и ряда других государств, тенденций его развития, а также судебной практики, сформировавшейся в этих государствах в последнее время, свидетельствует о том, что для неправительственных организаций предусматривается широкий доступ к правосудию.

IV. Заключение

Подытоживая вышеизложенное можно констатировать, что действующим законодательством РА не установлены случаи и порядок реализации заинтересованными общественными организациями права на обращение в суд в связи с нарушенными правами других лиц, а в условиях существующего правового регулирования в судебных актах, вынесенных в последние годы, положения законодательных актов подвергались неоднородным или противоречивым толкованиям, и обусловленная этим судебная практика не созвучна современным тенденциям развития правосудия в этой области. Считаем, что в результате внесения с учетом международного опыта необходимых изменений в правовые акты, касающиеся процессуальной правосубъектности общественных организаций, повысится также эффективность общественного контроля со стороны общественных организаций государственного управления и местного самоуправления.

²¹ См. Judgment of the European Court of Justice (Fourth Chamber). Preliminary ruling under Article 234 EC, from the Oberverwaltungsgericht des Landes Nordrhein-Westfalen (Germany), In Case C-115/09, 12 May, 2011

Трансформация искового требования в административном процессе

Судебная практика в 2009-2015 гг.

I. Вступление

Представленный анализ решений суда посвящён особенностям практического осуществления института трансформации искового требования. В анализе в первую очередь рассмотрено руководящее решение Верховного суда Грузии 2009 года относительно применения института трансформации искового требования. Вторая часть посвящается развитию судебной практики с 2009 года по 2015 год включительно. В третьей части представлено отклонение от устоявшейся практики Верховного суда относительно применения института трансформации искового требования. В заключении подытожены результаты анализа.

II. Руководящее решение Верховного суда

Решение, определяющее судебную практику относительно трансформации искового требования, Верховный суд Грузии принял 28 апреля 2009 года по делу №БС-168-162(КС-09) в отношении ответчика – Кутаисского регионального центра, по требованию Зестафонского муниципалитета.

В решении Верховный суд Грузии истолковал статью 28¹ Административно-процессуального кодекса Грузии. Эта статья устанавливает возможность трансформации искового требования с целью ускорения процесса, в частности, согласно статье 28¹ «суд не правомочен выйти за рамки искового требования, но он не ограничен формулировкой искового требования. С целью ускорения процесса судья может помочь стороне в трансформации требования».²

При толковании данного в статье 28¹ Административно-процессуального кодекса положения суд заострил внимание на содержании статьи и отметил, что правовой контекст термина «трансформация» подразумевает «преобразование, видоизменение, изменение». Для осуществления судом трансформации искового требования, по мнению кассационной инстанции, суд обязан применить статью 26¹ Админи-

стративно-процессуального Кодекса, согласно которой суд проверяет основания соответствия административного иска со статьями 22-25 Административно-процессуального кодекса и «в условиях несоответствия вида иска, исходя из принципа официально-сти, судье присуждается процессуальное полномочие указать на возможность преобразования искового требования, т.е. одного вида иска в другой вид».³

Суд также отметил, что статья 28¹ служит реализации принципа процессуальной экономии. Возможность трансформации искового требования дает стороне право в случае признания иска недопустимым, не возбуждать иск заново, а осуществить трансформацию искового требования, что обеспечивает эффективность и экономность административного процесса.

В решении суда было также подчеркнуто то обстоятельство, что в условиях низкой правовой культуры, возможно, истец не сможет квалифицированно изложить требование и будет в общем виде ходатайствовать об отмене правового акта. Такое требование, по мнению суда, является «общим требованием и согласно процессуальному законодательству нуждается в формулировке, уточнении требования, так как отмена акта может означать объявление акта недействительным, потерявшим силу и т.д. Именно точная процессуальная формулировка искового требования определяет материально-правовые последствия раз-решения тяжбы».⁴

Вместе с тем, суд отметил, что трансформация административного иска не должна отождествляться с процессуальным правом изменения, расширения предмета иска, предусмотренного Гражданским процессуальным кодексом, так как это процессуальное право качественно отличается от исключительных процессуальных институтов в административном правопроизводстве, которые предусмотрены специфическими нормами, регулирующими тяжбы в сфере публичных правоотношений. Именно из-за этих процессуальных особенностей Административно-процессуальный кодекс в отличие Гражданского процессуального кодекса является законодательным актом, построенным на принципе негативной оговорки».⁵

Это решение Верховного суда стало руководящим в решениях, принятых впоследствии по тому же самому вопросу, исключая одно решение, в котором суд указал нижней инстанции суда на возможность трансформации иска, но без правового обоснования аргументации.

¹ Магистр сравнительного конституционного права Университета центральной Европы; докторант Тбилисского гос. университета им. Ив. Джавахишвили

² Статья 28¹, Административно-процессуальный Кодекс Грузии.

³ Решение №БС-168-162(кс-09) от 28 апреля 2009 года, Верховный суд Грузии, из мотивационной части решения.

⁴ Там же, из мотивационной части решения.

⁵ Там же, из мотивационной части решения.

III. Развитие практики Верховного суда с 2009 года по 2015 год включительно

Верховный суд Грузии опирался в своих последующих решениях на принятое в 2009 году толкование. Этими решениями Верховный суд конкретизировал, каким образом должны осуществлять суды нижней инстанции трансформацию требования, а также каковы границы полномочий суда при трансформации искового требования.

В 2012 году по делу №БС-1477-1459(2к-11) о признании частично недействительным постановления Кабинета Тбилисского муниципалитета от 13 ноября 1997 года, Верховный суд Грузии опирался на обоснование, представленное в решении 2009 года, и заявил, что Апелляционный суд должен был оказать помощь апеллянту в трансформации искового требования.

Верховный суд отметил, что, несмотря на то, что апеллент требовал признать оспариваемый акт недействительным, фактическим основанием удовлетворения иска он называл издание индивидуального административно-правового акта неуполномоченным лицом, что рождало надобность трансформации требования в иск о признании.⁶

Исходя из этого, кассационная инстанция вполне обоснованно указала Апелляционному суду, что согласно статье 28¹ Административно-процессуального кодекса суд должен был обсудить возможность трансформации требования и только после этого принять соответствующее решение.

В вынесенном спустя год решении Верховный суд основывался не только на толковании 2009 года, но пошёл дальше и в решении №БС-829-813(к-12) от 26 марта 2013 года в деле гражданина К. против Руставской мэрии наряду с использованием возможности трансформации искового требования, уточнил, каким образом должна осуществляться судом трансформация искового требования. Этим решением Верховный суд закрепил новый термин – «квалифицированное применение» института трансформации искового требования.

По мнению кассационной инстанции, после того как суд, согласно статье 26¹ Административно-процессуального кодекса проверит основания соответствия административного иска, суд должен применить полномочие, данное ему статьей 28¹ и оказать стороне помощь в трансформации требования. Помощь в трансформации требования подразумевает не только озвучивание судьей на заседании вопроса: «не желает ли сторона трансформировать требование?», а выполнение судом процессуального деяния полностью и объяснение стороне того, какие возмож-

ные правовые последствия может повлечь за собой трансформация требования. По мнению Верховного суда, только такого рода помощь со стороны суда является «квалифицированным применением» института трансформации искового требования.⁷

В решениях, принятых в 2014-2015 годах, Верховный суд объяснил, какими должны быть границы полномочий суда при реализации законодательно установленной трансформации искового требования. Верховный суд отметил, что при трансформации суд не должен действовать по своей инициативе и исходя из принципа диспозитивности, предложить стороне возможность трансформировать иск.

В принятом 29 апреля 2014 года решении №БС-651-626(к-13) об отмене приказов муниципалитета г. Гори от 28 февраля 2013 года суд вначале указал, что Апелляционный суд рассмотрел иск как возбужденный на основании статьи 25 Административно-процессуального кодекса иск о признании, а решение принял на основании статьи 32.2 Административно-процессуального кодекса о признании административно-правового акта недействительным.⁸

Верховный суд отметил, что вышеуказанное действие Апелляционного суда является нарушением процессуальной нормы, в частности, Апелляционный суд без применения института трансформации иска, предусмотренного статьей 28¹ Административно-процессуального Кодекса, применил вид решения, применимый в отношении другого административного иска.⁹

Опираясь на обоснование, приведённое в решении 2009 года, Верховный суд Грузии отметил, что Апелляционный суд должен был предложить апеллянту трансформировать иск и не принимать решение по своей инициативе, так как это противоречит принципу диспозитивности. В частности, Верховный суд указал, что: «в условиях отсутствия предложения о трансформации со стороны Апелляционного суда (тем более, что соответствующие материально-правовые условия не фиксируются) признание одного вида иска в качестве другого вида противоречит основному принципу процессуального права о диспозитивности сторон, так как согласно статье 3 Гражданско-процессуального кодекса Грузии, именно сторона правомочна определять, какой вид иска применить для защиты своих прав».¹⁰

Опираясь на это толкование, Верховный суд с целью утверждения однородной судебной практики решил, что если стороны не выражают готовность трансформировать иск, и суд им этого не предложит,

⁶ Решение №БС-1477-1459(2К-11) от 24 января, 2012 г., Верховный суд Грузии, из мотивационной части решения.

⁷ Решение №БС-829-813(к-12) от 26 марта 2013 г., Верховный суд Грузии, из мотивационной части решения.

⁸ Решение №БС-651-626(к-13) от 29 апреля, 2014 г., Верховный суд Грузии, из мотивационной части решения.

⁹ там же, из мотивационной части решения.

¹⁰ там же, из мотивационной части решения.

суд не имеет право «своим решением присуждать стороне то, чего сторона не требовала».¹¹

В принятом 12 февраля 2015 года решении №БС-145-138(к-13) о признании регистрационного удостоверения права собственности на землю (недвижимое имущество) частично недействительной сделкой Верховный суд повторно указал на границы полномочий суда при трансформации иска. Верховный суд отметил, что, «Суд не правомочен выйти за пределы искового требования, изменить предмет иска, без согласия истца создать новую формулировку требования. Инквизиционный характер административного процесса подразумевает судебный активизм, хотя не отрицает такое проявление диспозитивности процесса, как определение истцом искового требования и его границ... Вместе с тем, трансформация должна служить ускорению процесса, а не его затягиванию, трансформация иска не создает возможность для выхода за рамки искового требования».¹²

Все рассмотренные выше решения Верховный суд основал на представленном в руководящем решении толкования относительно трансформации искового требования. Вместе с тем, при обсуждении возможности трансформации искового требования, суд сделал акцент не только на толковании 2009 года, но и представил анализ соответствующих статей Административно-процессуального Кодекса.

Решение, в котором Верховный суд не применил им же основанный подход относительно трансформации искового требования, будет рассмотрено ниже.

IV. Особый подход Верховного суда

В рассматриваемом решении Верховный суд не применил им же основанный подход относительно трансформации искового требования. Также суд не обосновал, на какие нормы он опирался, указывая на возможность трансформации искового требования. Кассационная инстанция только отметила, что неприменение института трансформации искового требования ущемляет права человека.

1. Краткое описание дела

24 февраля 2012 года Б.С. с исковым заявлением обратился в Коллегию по Административным делам городского суда и согласно статье 24 Административно-процессуального кодекса потребовал совершения деяния, в частности, издания правил погашения государственных долговых обязательств. Истец указывал, что государство в силу закона о «Государственном долге» признало обязательство, возникшее

в результате неоконченного кооперативного строительства. По тому же закону Министерству финансов было дано поручение, разработать правила погашения долга до сентября 1998 года.

Тбилисский городской суд не удовлетворил иск. Несмотря на то, что суд счёл иск истца требованием издания административно-правового акта, а не требованием осуществления деяния, он не трансформировал иск. Более того, суд указал, что из-за отсутствия регуляций относительно погашения долга, суд не правомочен обязать министерство осуществить деяние, т.е. погасить долг. Решение было обжаловано в апелляционном порядке. Тбилисский апелляционный суд разделил соображение Тбилисского городского суда и отметил, что до разработки порядка погашения долга, суд был лишён возможности удовлетворить требование истца относительно погашения долга. Б.С. обжаловал решение в кассационном порядке.¹³

Верховный суд Грузии счёл обоснование определения Тбилисской апелляционной палаты настолько неполным, что отменил его и вернул апелляционному суду для повторного рассмотрения.

3.2. Толкование Верховного суда Грузии о значении трансформации искового требования

Верховный суд обоснованно отметил, что требование истца было неправильно понято судами первой и апелляционной инстанции. Истец требовал обязать административный орган издать нормативный правовой акт о порядке погашения долга, а не осуществлять деяния, выраженные в компенсации долга. По мнению Верховного суда, Апелляционный суд не обсудил процессуально-правовые основания требования.¹⁴

Также верно счёл Кассационный суд, что исковое требование относится не к статье 24 Административно-процессуального Кодекса, которая предусматривает возбуждение иска с требованием осуществления деяния, а к виду обязующего иска, установленного статьей 23 процессуального кодекса, которая допускает возможность возбуждения иска с требованием издания административно-правового акта. Соответственно, суд первой инстанции и апелляционный суд должны были обсудить вопрос трансформации условий допустимости, предусмотренных статьей 23 Процессуального кодекса, тем более, что налицо все предпосылки допустимости, предусмотренные статьей 23 Административно-процессуального Кодекса: отказ административного органа издать нормативный административно-правовой акт, который противоречит закону и наносит прямой и непосредственный вред законному праву истца.¹⁵

¹¹ там же, из мотивационной части решения.

¹² Решение №БС-145-138(к-13) от 12 февраля, 2015 г., Верховный суд Грузии, из мотивационной части решения.

¹³ Решение №БС-622-610(к-12), 23 мая, 2013 г., Верховный суд Грузии, из описательной части решения.

¹⁴ там же, из мотивационной части решения.

¹⁵ там же, из мотивационной части решения.

Верно указала кассационная инстанция также, что трансформация искового требования имеет особое значение, так как в отличие от исправления недостатка допустимости иска, отказ в удовлетворении требования решением исключает возможность обращения в суд с аналогичным требованием в дальнейшем.¹⁶

Исходя из этого, по мнению Верховного суда, отказ судов первой и апелляционной инстанции удовлетворить требование осуществления деяния решением, лишает истца возможности заново поставить перед судом требование осуществления деяния, предусмотренное статьей 24 Административно-процессуального Кодекса, что является явным ограничением его прав.¹⁷

При этом, правда, суд истолковал отрицательные последствия пренебрежения возможностью трансформации искового требования нижестоящими инстанциями судов, но при этом не указал, на основании какой законодательной нормы суды нижних инстанций должны были осуществить трансформацию искового требования. Суд не рассмотрел основанную им же судебную практику, а просто указал, что пренебрежение трансформацией искового требования ограничивало права гражданина.

Было бы целесообразным, если бы Верховный суд при обсуждении значения трансформации искового требования, использовал соответствующие положения Административно-процессуального кодекса Грузии и не отклонился от им же основанной практики, так как необоснованные суждения Верховного суда не могут стать руководящим принципом для судов нижних инстанций.

V. Заключение

В результате анализа практики Верховного суда выяснилось, что суд уделяет особое внимание вопросу трансформации искового требования и считает его важной гарантией защиты процессуальных прав граждан.

Следует выделить основанные Верховным судом руководящие принципы в связи с «квалифицированным применением» института трансформации искового требования и относительно определения границ правомочий судов нижних инстанции при решении вопроса трансформации искового требования.

Практика, основанная Верховным судом Грузии в связи с трансформацией искового требования, действительно имеет решающее значение для эффективного функционирования судов нижней инстанции. Вместе с тем, было бы целесообразным, чтобы кассационная инстанция в будущем развивала ее же ос-

нованные руководящие принципы и в случае уклонения от устоявшейся судебной практики или в случае иного регулирования вопроса, представила правовое обоснование собственного решения.

¹⁶ там же, из мотивационной части решения.

¹⁷ там же, из мотивационной части решения.

Автандил Кахниашвили¹

Проблема доступности приговора на примере рассмотренного судом Грузии административного дела (№3/704-12)

I. Предисловие

Несмотря на то, что Европейская конвенция по правам человека и грузинское законодательство узаконивают открытую (публичную, гласную) процедуру правопроизводства, суды знакомят с приговором лишь участников процесса. Два года назад из трёх задержанных по обвинению в жульничестве лиц, двоим Тбилисский городской суд вынес приговор, а в отношении третьего дело выделил и оно до сегодняшнего дня находится в стадии рассмотрения. Несмотря на это, не только заинтересованных лиц, но и самого обвиняемого суд не ознакомил с полной версией приговора, что и было обжаловано во всех трёх судебных инстанциях. Ввиду того, что административные иски не были удовлетворены, решения были обжалованы в Европейском суде по правам человека. На основе анализа дела дана рекомендация, иски внесенные против судов рассматривать в Верховном совете юстиции и в Конституционном суде.

II. Проблема баланса свободного получения информации и открытости (публичности) правопроизводства.

Согласно общим нормам Конституции, Грузия «признаёт и защищает общепризнанные права и свободы человека, как непреходящие и высшие ценности» и признаёт их непосредственно действующим правом. Вместе с тем, международный договор, если он не противоречит нашему основному закону, имеет преимущественную правовую силу перед внутригосударственными нормативными актами.² Таким образом, Всеобщей декларации прав человека, Европейской конвенции и Международному пакту о гражданских и политических правах конституцией

присуждается высший юридический статус, а став членом Евросоюза страна взяла обязательство привести национальное законодательство в соответствие с международными и европейскими стандартами и обеспечить эффективную защиту прав и свобод каждого человека.

А для этого очень важно, чётко определить суть общепризнанных демократических ценностей, таких, как право на справедливый суд, неприкосновенность личной жизни, презумпция невиновности, право свободного получения информации и др., в чем, бесспорно, нам большую помощь оказывают решения Европейского суда по правам человека.

Вместе с тем, с нашего поля зрения не должно ускользнуть и то обстоятельство, что для отдельных государств не менее важна проблема обеспечения разумного баланса между свободой и порядком именно при установлении правовых границ применения в практике внутригосударственного правопроизводства основных прав человека, дабы разумное неограниченность одного из институтов не нанесло бы, даже невольно, вред другому. Например: свобода слова – общечеловеческая, демократическая ценность, но очевидно, что желание средств массовой информации – пользоваться открытостью (гласностью, публичностью) и в плюралистическом обществе освещать все интересные события, естественно, не так уж редко создаёт проблемы для публичной власти, а также лиц, привлечённых к уголовной ответственности.

То же можно сказать и о свободе получения информации. Для вышедших из информационного вакуума тоталитарного социалистического прошлого государств характерна угроза чрезмерного расширения границы публичности с мотивом обеспечения максимальной прозрачности процедуры уголовного правопроизводства, в результате чего страдает честь и деловая репутация обвиняемого (напр., когда задержание происходит перед телекамерами). С другой стороны, неразумное ограничение открытости правопроизводства или получения информации может существенно ущемить основные права и законные интересы человека, что также вызывает тревогу.

Вышеупомянутая проблема проявилась со всей остротой после восстановления независимости Грузии в процессе осуществления правовой реформы, т.е. когда после принятия новой Конституции намеревались перейти на европейские стандарты и достичь демократизации правопроизводства.

При принятии принципиально нового Уголовно-процессуального кодекса попытались перенять

¹ Доктор права, профессор Тбилисского учебного университета им. Давида Агмашенебели

² Константин Коркелия, Иринэ Курдадзе, Международное право по правам человека по Европейской Конвенции по правам человека, Тбилиси, 2004, стр. 165

всё прогрессивное, но в ряде случаев, из-за низкой правовой культуры были допущены ошибки, которые стараются постепенно исправлять. Хотя, иногда с одной крайности впадают в другую. Наглядным примером этого служит частая смена позиций законодателя по вопросу открытости судебных заседаний, в результате чего в 1998 году в зал заседаний были допущены фото и видеокамеры, после 2004 года журналистам запретили съемки даже во дворе суда, а недавно (в 2013 году) вновь дали возможность показа в прямом эфире обвиняемых, которых государство и конституция считают невиновными.

Известно, что основные принципы уголовного процесса, как идеи, общепринятые в континентальном праве, широко признаны развитыми странами, и, соответственно, закреплены законодательно. Хотя в ряде стран встречаются и особенности, не только в смысле внесения оригинальных принципов в уголовно-процессуальное законодательство (напр.: Италия, Бельгия, Дания), но также смысле интерпретации общепризнанных принципов с учетом местной специфики (напр., принцип законности и презумпция невиновности).

Вместе с тем, право – это живой, развивающийся организм. Уголовно-процессуальное законодательство также находится в процессе непрерывного совершенствования и естественного стремления к имплементации всего прогрессивного. В будущем, наверно, будет создано единое пространство Евросоюза, а затем и Евросовета; специалисты различных стран совместно разработают приемлемый для большинства и по возможности современный процессуальный кодекс, в котором будет предусмотрен как положительный, так и отрицательный опыт. А пока что, у каждого независимого государства имеется собственная правовая база, и в толковании норм огромная роль принадлежит суду.

Примечательно, что определённые недостатки имеют место не только в законодательствах недавно вышедших из социалистической правовой системы постсоветских стран, но и в законодательстве находящейся в центре Европы общепризнанной прогрессивной страны Германии. Доказательством тому может служить рассмотренное в Европейском суде по правам человека дело – Аксен против Германии, в котором предметом рассмотрения стала именно открытость правопроизводства.³

В этой ситуации похвально, что «открытость» установлена Конституцией Грузии, а Уголовно-процессуальным кодексом «публичность заседания» выделена в качестве отдельного принципа. Однако, вместе с тем, не стоит забывать о том, что несмотря

на то, что грузинский законодатель, в отличие от европейского, неразумно расширил границы публичности процесса и личности обвиняемых, находившихся в зале суда и представил процесс обществу в прямом эфире, практика правопроизводства показала, что в то же время неразумно ограничили институт судьи в выдаче информации всем заинтересованным лицам о лицах, признанных виновными по вступившему в законную силу приговору.

III. Европейский суд по правам человека и законодательство Грузии о доступности приговора

1. Европейский стандарт о доступности приговора

С восстановлением независимости, после внесения в ранее действующую Конституцию изменений, Грузия была провозглашена правовым государством. В Конституции 1995 года была закреплена «незыблемая воля» народа основать правовое государство, а после того, как Грузия присоединилась к содружеству европейских народов, цивилизованному миру стало ясно, что избавившись от тоталитаризма, государство, вместе с принципами верховенства закона и разделения властей, основным приоритетом считает защиту фундаментальных прав человека.

На сегодняшний день права и свободы человека, закреплённые Европейской конвенцией по правам человека, являются непосредственно действующим правом, а для разумной имплементации отдельных норм и терминов следует обратиться к решениям Европейского суда по правам человека.

Таким образом, несмотря на то, что согласно статье 6.1. Европейской конвенции по правам человека «в суде дело рассматривается на открытом заседании», а приговор «оглашается публично», содержание указанных терминов на сегодняшний день заметно расширено. Исходя также из соответствующей формулировки Международного пакта о гражданских и политических правах давно общепризнано, что «решение суда должно быть публичным», т.е. недостаточно, что «решение оглашается публично...»⁴, что означает, что для обеспечения публичности недостаточно лишь публичное оглашение приговора, но и сам обвинительный приговор суда должен быть публичным – т.е. доступным для всех.

Вместе с тем, Европейским судом по правам человека в связи с приговорами дополнительно пояснено, что «У третьих лиц, по статье 10 Европейской конвенции имеются права получения информации»⁵,

³ Константин Коркелія, Иринэ Курдадзе, Международное право по правам человека по Европейской Конвенции по правам человека, Тбилиси, 2004, стр. 165.

⁴ Штефан Трексель, Права человека в уголовном процессе, Тбилиси, 2009, стр. 156.

⁵ Там же, стр. 156.

а у «общества должна быть возможность не только наблюдать за деятельностью суда, но и возможность ознакомиться с вынесенным им приговором». Также, «общество должно иметь доступ к решениям суда» (там же, стр. 148).

Нужно подчеркнуть и то обстоятельство, что «невозможна подготовка анонимной версии решения, так как участники дела будут информированы о рассматриваемом вопросе».⁶

Фактически, то же самое сказано и в самом популярном комментарии Европейской конвенции по правам человека, который издан в Грузии. В комментарии однозначно указано на возможность ознакомления с письменно оформленным приговором не только для сторон, но и для «публики» (широкой общественности).⁷

Исходя из вышесказанного, вполне естественно, что приговор должен быть вручен участникам процесса (сторонам) в обязательном порядке, а у других заинтересованных лиц должна быть возможность, по первому же требованию, в полном виде получить приговор, несмотря на позицию виновного.

2. Открытость (публичность) заседания суда в законодательстве Грузии

В связи с публичностью уголовного процесса, мы, в первую очередь, должны остановиться на проблемах терминологии. К сожалению, в грузинском праве нет единого мнения даже среди юристов. Несмотря на то, что Конституцией установлено: «в суде дело рассматривается на открытом заседании» (статья 85.1), в принятом в 1998 году Уголовно-процессуальном кодексе, с одной стороны речь шла о принципе «гласности процесса» (ст.16), хотя, согласно этой же статье, рассмотрение уголовного дела во всех судах было «открытым». Вместе с тем, «публичность» использовалась для обозначения публичных интересов, т.е. так называемой официальности и в рамках 14-ой статьи («публичность и диспозитивность») была закреплена в качестве независимого принципа. Так как в других статьях (напр. 477 и 679) были упомянуты «публичное прочтение», «публичное слушание», «публичное заседание», создается впечатление, что законодатель для обозначения одного и того же института термины «открытость», «гласность» и «публичность» использовал не вполне осознанно.

В принятом грузинским Парламентом 9 октября 2009 года и в вступившем в силу 1 октября 2010 года Уголовно-процессуальном кодексе уже упомянут принцип «публичности судебного заседания» (статьи 10 и 182) и все решения суда, в том числе и приговор,

уже «публично объявляется» (статьи 10.2 и 277.1). Несмотря на это, анализ решений судов показывает, что в практике используются все три термина и фактически с идентичным значением.

Различие во мнениях существует не только среди законодателей, но и среди юристов: в размещенной на сайте «GOOGLE.GE» версии Европейской конвенции «public hearing» и «pronounced publicly» отмечены как «гласное рассмотрение» и «гласное объявление», а ту же статью 6 доктора права Константин Коркелия и Иринэ Курдадзе переводят как «публичное рассмотрение» и «публичное объявление»⁸, термин «публичность» также использован в сборнике с 3000-ым тиражом, ответственным редактором которого является доктор права, бывший председатель Верховного суда Грузии Ладо Чантурия.⁹ Вместе с тем, доктор права, бывший председатель Верховного суда Грузии и бывший член Европейского суда по правам человека Миндия Угрехелидзе, член Верховного совета юстиции Грузии Ева Гоциридзе и министр юстиции Грузии Теа Цулукиани, в переводе той же статьи предпочитают использовать «гласное рассмотрение» и «гласное объявление»¹⁰, а в изданном под ответственностью доктора права, бывшего председателя Конституционного суда, Автандила Деметрашвили тексте, который профинансировал директорат Евросоюза по правам человека (Перевод Левана Бодзиашвили) в 6-ой статье встречаются как «открытое слушание», так и «публичное объявление».¹¹

Таким образом, учитывая, что введение терминов и установление их содержания является делом юристов, видимо, нам следует в процессе совершенствования процессуального кодекса и по указанному вопросу согласовывать позиции. В конечном итоге, не так уж важно, каким термином пользоваться – «открытостью» или «гласностью», но в законодательстве и специальной литературе необходимо использование терминов с четко определённым содержанием (лично я предпочитаю термин «гласность», хотя учитывая то, что в конституции упомянут термин «открытость», до внесения изменения в «верховный закон», было бы целесообразнее использовать упомянутый термин).

Вместе с тем, касательно вопроса доступности приговора, как уже было отмечено выше, несмотря на то, что согласно статье 6.1. Европейской конвенции по правам человека, «...дело разбирается на открытом (гласном) заседании...», а «приговор объявляется

⁶ Штефан Трексель, Права человека в уголовном процессе, 2009, стр. 156.

⁷ Донна Гомиен – Краткий справочник европейской конвенции по правам человека, Тбилиси, 2002, стр. 211.

⁸ Константин Коркелия, Иринэ Курдадзе, Международное право по правам человека по Европейской Конвенции по правам человека, Тбилиси, 2004, стр. 164-165.

⁹ Законы Грузии, Международные Акты и Конвенции по правам человека, Тбилиси, 1998 г.

¹⁰ Ева Гоциридзе, Миндия Угрехелидзе, Теа Цулукиани, Конвенция по защите прав и основных свобод человека, Тбилиси, 2004, стр. 18.

¹¹ Совет Европы и защита прав человека, Тбилиси, 1998 г., стр. 46.

гласно (публично)», содержание указанных терминов на сегодняшний день заметно расширено и недостаточно лишь публичное объявление приговора, но и сам приговор, вынесенный судом должен быть публичным – т.е. доступным для всех. Тем более, что согласно Общему административному кодексу Грузии однозначно установлено, что нельзя засекречивать документ, в котором одной из сторон является государство (статья 42, подпункт з).

Таким образом, если основные права человека являются для нашего государства непосредственно действующим правом, было бы в высшей степени разумным и справедливым использовать прогрессивный опыт развитых стран и распространить «публичность процесса» на доступность полных версий решений, принятых судами.

IV. Ограниченное толкование открытости (публичности, гласности) грузинскими судами и недоступность приговора.

Несмотря на то, что по Конституции Грузии «... в суде дело рассматривается на открытом заседании», а в процессуальном кодексе закреплён принцип «публичности судебного заседания», суды вручают копии приговоров лишь участникам процесса, а всем другим лицам, включая потерпевших, не предъявивших письменного согласия сторон (прокурора и обвиняемого), вручают копию приговора без указания личности лица, признанного виновным (в т.н. «заштрихованном виде»). Это подтверждается в административном деле, связанном с иском обвиняемого Е.К., суть которого состоит в следующем: в здании, расположенном в Тбилиси, на площади Свободы, 16 февраля 2011 года по обвинению в мошенничестве были задержаны три человека. Двум из них, 4 ноября 2011 года, Тбилисский городской суд вынес приговор, а дело третьего – Е.К. (кадры его задержания показывали по телевидению), было выделено отдельным делом и на сегодняшний день находится в стадии рассмотрения в первой инстанции суда. Указанный обвиняемый официально потребовал от председателя суда копию приговора, вынесенного 4 ноября 2011 года в отношении остальных двух обвиняемых, но личности виновных ему «заштриховали», что вынудило его обратиться в суд с административным иском.

Спорный вопрос был рассмотрен тем же судом, на председателя которого обвиняемый 27 апреля 2012 года подал жалобу и получил отказ (Дело №3/704-12, судья – Тамар Ониани). Апелляционный суд оставил указанное решение в силе (дело №36/785-12, 15.08.2012, судья – Нана Чичилеишвили), Верховный суд также счёл кассационную жалобу Е.К. недопустимой.

В данном деле решения, принятые грузинскими судами, недостаточно обоснованы и обусловлены

неправильным толкованием норм права. Вместе с тем, мотивировочная часть решения суда, фактически построена на противоречивых аргументах одной из сторон и судьи не воспользовались приведёнными истцом разъяснениями Европейской конвенции по правам человека.

В решении городского суда явная неопределённость в отношении терминов «открытость», «гласность» и «публичность». Вместе с тем, очевидно, что суд неправильно толкует суть «публичности», данной в 10-ой статье УКГ и указанный термин связывает всего лишь с возможностью лица, «присутствовать на заседаниях суда»..., что не соответствует современному толкованию «публичности», данному в решениях Европейского суда по правам человека. Предусмотренный в Уголовно-процессуальном кодексе принцип «публичности» в решении именуется как принцип «гласности», а под «публичностью судебных актов» подразумевается лишь «публичное объявление судебных актов в зале заседаний».¹²

Мало того, что Апелляционный суд не обратил внимание на неправильное толкование Городским судом закона (УПКГ, статья 10), в котором законодатель определил «публичность заседания суда» (см. последний абзац 6-ой страницы и первый и второй абзацы 7-ой страницы решения), к сожалению, и сам Апелляционный суд явно неправильно истолковал и неразумно ограничил термин «публичность процесса», когда в определении совершенно необоснованно и неразумно заявил, что «публичность процесса есть всего лишь возможность присутствовать на заседании суда»¹³, что противоречит европейским стандартам защиты прав человека.

Бесспорно, «личная тайна» должна быть защищена, но в соответствии с толкованием Европейского суда, считаем вполне разумным предоставлять любому заинтересованному лицу возможность ознакомиться с приговором, в котором будут приведены данные, обязательные для идентификации виновного (имя, фамилия, год рождения, личный номер). В этом вопросе Тбилисский апелляционный суд занял совершенно другую позицию, применив закон, который не должен был применять,¹⁴ в частности, несмотря на то, что приведённая судом 8-ая статья Европейской конвенции по правам человека и 17-ая статья Международного пакта о гражданских и политических правах постановляют гарантии неприкосновенности личной жизни, вторые пункты отмеченных статей допускают вмешательство в личную жизнь с целью обеспечения общественного порядка и пресечения преступления

¹² Тбилисский городской суд, дело №3/704-12, 27.04.2012, стр. 7, абз. 2.

¹³ Тбилисский апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр. 7, абз.3.

¹⁴ Тбилисский апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр. 4, абз.1.

(при «крайней необходимости»). Таким образом, санкционированное вмешательство в личную жизнь допускается в самом начале уголовного преследования или на стадии досудебного уголовного правопроизводства. А обвинительный приговор является тем итоговым документом, которым государство, по окончании правопроизводства конкретного уголовного дела, на основании предъявленных прокурором доказательств, на открытом (гласном) заседании гласно (публично) признаёт лицо виновным.

Так как непосредственно суд в отношении обвиняемого не осуществляет сбор доказательств и имеет лишь конституционное правомочие признания лица виновным или невиновным (статья 40.1), вынесение приговора или распространение данных о лицах, признанных виновными по вступившему в законную силу приговору, нельзя назвать вмешательством в личную жизнь. Исходя из этого, если бы суд, по требованию Е. К., передал ему копию приговора в «незаштрихованном виде», указанное действие никоим образом не могло быть расценено как посягательство на личную жизнь лица, признанного по закону виновным. Тем более, в отмеченном приговоре сам Е. К. упоминался неоднократно.

Суд применил и другой закон (ОАК, статья 44.1), который не должен был применять.¹⁵ Статья 44.1 ОАК касается «личной тайны», а обвинительный приговор суда не является личной тайной и не содержит персональных данных, кроме как информации, обязательной для идентификации личности. Вместе с тем, в обвинительном приговоре обязательно однозначное определение личности виновного для обеспечения т.н. общепреventивной функции наказания, что подразумевает информирование широкой общественности о санкции, использованной в отношении виновного, дабы у другого не появилось намерения совершить подобное преступление.

Таким образом, объявленный гласно (публично), от имени государства, на открытом заседании суда приговор однозначно является публичной информацией, засекречивание которой по статье 42.3 ОАК недопустимо.

Согласно Европейской конвенции по правам человека (статья 6.2), Конституции Грузии (ст.42.1) и Уголовно-процессуальному кодексу (ст. 5.1), человек (обвиняемый) считается невиновным до признания его виновным по обвинительному приговору суда. Исходя из сказанного, публично (гласно) объявленный на открытом заседании суда обвинительный приговор не может являться персональной информацией (личной тайной), так как приведённые в нем идентификационные данные и правовые оценки совершённых

ного им деяния предназначены для ознакомления любым гражданином.

Вместе с тем, виновный ограничивается в ряде прав, так как информация о его судимости хранится специальным образом и доступна для заинтересованных лиц.

Такое же положение существует и в отношении неплатёжеспособных лиц, когда любое заинтересованное лицо может получить информацию в «реестре должников». Открыта и информация об избирателях и каждый может в списках избирателей, который вывешивается государством, прочитать идентификационные данные любого гражданина. Таким образом, совершенно неясно, по каким причинам делаются публичными личности избирателей и лиц со статусом должника, и в то же время засекречиваются имена и фамилии лиц, признанных судом виновными и эта информация скрывается даже от потерпевших, которые вправе требовать возмещения вреда.¹⁶

В связи с отмеченным, апелляционный суд не применил статью 41.1 Конституции, хотя несколько раз упомянул ее...¹⁷ В частности, в указанной норме чётко определено, что «... У гражданина Грузии есть право в установленном законом порядке ознакомиться с имеющейся отношении него информацией, а также документами, если в них не содержится государственная, профессиональная или коммерческая тайна.» Таким образом, так как вынесенный приговор касается непосредственно Е. К. (фактически упомянутого как «соучастник преступления») и не содержит «государственной, профессиональной или коммерческой тайны», Е. К. имел полное право ознакомиться с её полной версией.

Апелляционный суд неправильно истолковал статью 41.2. Конституции, в которой приведены случаи, когда для выдачи официальной информации требуется разрешение¹⁸ (четвёртый абзац 10-ой страницы Определения суда). Правда, в определении приведена формулировка статьи 41.2 и соответствующее решение Конституционного суда, но суд не предусмотрел, что статья 41.2. не применяется «в случаях, установленных законом», а приговор почему-то счёл «персональными данными» «которые относятся к «частным вопросам частного лица»¹⁹ и недоступным для остальных без согласия лица, признанного государством виновным.

Если вышеуказанные нормы толковать с помощью грамматических, логических, целевых, системных и

¹⁵ Тбилисский апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр. 11, абз.1.

¹⁶ По уголовно-процессуальному кодексу Грузии «потерпевший» не является независимой стороной и для возмещения ущерба против виновного он должен подать иск.

¹⁷ Апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр. 2, абз. 4, стр. 10, абз.4.

¹⁸ Апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр. 10, абз. 4.

¹⁹ Апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр. 3, абз. 2.

исторических методов, становится ясно, что приговор, вынесенный от имени Грузии, является именно тем исключением, которое предусмотрено законом и относится к той группе («первой») информации, засекречивание которой запрещено законом (ОАК, ст. 42) и неприемлемо даже с точки зрения логики. В противном случае, получается, что по делу Андерса Брейвика, признанного виновным в массовых убийствах в Норвегии, на острове Утоия, журналист, потребовав копию приговора, получит документ в «заштрихованном виде».

При разбирательстве дела Е. К. грузинские суды неправильно истолковали и подпункт 3 статьи 42 ОАК, которым установлена публичная информация, засекречивание которой недопустимо²⁰. Вместе с тем, Тбилисский апелляционный суд, как и Городской суд, почему-то рассмотрел «в единстве» две независимые нормы, регулирующие различные отношения (одним из них устанавливается «публичная информация, засекречивание которой недопустимо», а второй – «тайна персональных данных»...), и использовал нормы, определяющие «личную тайну»...

В результате, Городской суд первым сделал неправильное заключение по поводу того, что «недоступность приговора обусловлена персональным характером внесённых в приговор тех данных, которые относятся к частным вопросам личной жизни лица и являются ценностью, защищённой Конституцией,²¹ а далее и Апелляционный суд «подтвердил», что оказывается, «с одной стороны, суд обязан выдавать материалы дел, в которых сторону представляет государство, а с другой стороны, суд не должен оглашать идентифицирующие данные виновного...»,²² что трудно понять и объяснить. То есть, по логике Тбилисского апелляционного суда, полная версия приговора – это документ секретный, так как относится к «частным вопросам частного лица». Соответственно, можно подумать, что в Грузии людей наказывают за «частные вопросы»,²³ тогда как в приговоре, вынесенном в отношении конкретного преступника, должны отражаться лишь доказательства преступности совершённого им действия и возложенное на него государством наказание. Несмотря на отмеченное, Апелляционный суд заключил, что полная версия приговора не должна быть передана истцу по той причине, что даст возможность «однозначной идентификации виновного...»²⁴

Апелляционный суд также не смог объяснить истцу, почему с переданным ему «заштрихованным» документом истец лишается возможности однозначно идентифицировать виновного, тогда как лицо признано виновным обвинительным приговором суда... По логике суда, выходит, что о том «кто виновен?!», кроме прокурора и обвиняемого будут знать только те, кому удастся попасть в зал суда и выслушать приговор, а приговор будет направлен в архив суда и передан в «заштрихованном виде» заинтересованным лицам и особенно потерпевшему, если они не сумеют представить нотариально заверенное согласие виновного.

Исходя из вышесказанного, считаю, что грузинские суды в результате неверного толкования терминов и норм права, предусмотренных в законодательстве, игнорируя пояснения Европейского суда, существенно ущемляют право на ознакомление с приговорами, вынесенными от имени государства, которыми конкретные лица на открытом (публичном, гласном) заседании были признаны виновными.

Вместе с тем, и резонансное дело Н. М., когда действия Верховного суда Грузии как административного органа были обжалованы вначале в грузинских судах, а затем и в Страсбургском суде,²⁵ доказало, что вступать в тяжбу с администрацией суда в самой системе общих судов – дело совершенно бесперспективное и, по объективным причинам (городской суд рассматривал иск против своего же председателя), посягает на право человека на рассмотрение дела независимым и беспристрастным судом. Фактически, кроме 6-ой статьи Европейской конвенции по правам человека, нарушено и требование 13-ой статьи относительно права на эффективное средство правовой защиты. Исходя из вышеотмеченного, считаю целесообразным, чтобы административные и гражданские иски, поданные гражданами против судов, рассматривались Верховным советом юстиции и чтобы обжалование происходило в Конституционном суде.

V. Заключение

Известно, что анализ – один из методов логического познания явления, а право и логика взаимосвязанные институты, и поэтому аргументация юриста (суда) должна быть последовательной, обоснованной и свободной от внутренних противоречий. Вместе с тем, «юрист (судья) должен аргументированно обосновать свое решение, убедить стороны в законности и справедливости этого решения».²⁶ По мнению Штефана Трекселя: «одним из аргументов в поддержку необходимости обоснования решения суда, является

²⁰ Тбилисский городской суд, дело №3/704-12, 27.04.2012, стр. 5, абз. 4 и Тбилисский апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр.4, абз. 4 и 5.

²¹ Тбилисский городской суд, дело №3/704-12, 27.04.2012, стр. 5, абз. 4.

²² Тбилисский апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр.5, абз. 1.

²³ Апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр.3, абз.2.

²⁴ Тбилисский апелляционный суд, дело №36/785-12, 15.08.2012, стр.6, абз. 3.

²⁵ Константин Коркелия, Использование Европейской конвенции по правам человека в Грузии, Тбилиси, 2004, стр. 83.

²⁶ Георгий Хубуа, Теория права, Тбилиси, 2004, стр. 18 и 124.

то, что для обжалования решения обязательно знание того, что лежит в его основе. Обязательство обоснования распространяется не только на приговор, но и на любое решение суда. Следует отметить, что в Италии отсутствие обоснования или логики является специальным основанием для обжалования решения суда в кассационной инстанции».²⁷

Так как проанализированные выше решения суда содержат явные противоречия и недостаточно обоснованы, считаю, что в Грузии, из-за недоступности полных версий приговоров суда для заинтересованных лиц, фактически нарушается право человека, гарантированное статьей 6 Европейской конвенции по правам человека – право открытого (публичного, гласного) слушания дела и, соответственно, право доступности приговора. Вместе с тем, если фамилии лиц, признанных виновными, будут «заштрихованы», потерпевшие могут и не разобраться, против кого подавать иск в суд и как это предусмотрено грузинским законодательством, у кого требовать возмещение причинённого ущерба.

Не подлежит сомнению факт, что содержание упомянутой в статье 6.1. «открытости» (гласности, публичности) существенно расширено Европейским судом и на сегодняшний день принято считать, что только публичное оглашение приговора недостаточно и сам приговор должен быть публичным, т.е. доступным для всех. Таким образом, было бы в высшей степени разумным и совершенно справедливым перенять прогрессивный опыт развитых стран и отображённую в законодательстве «открытость заседаний» и «публичность (гласность) процесса» распространить на общедоступность полных версий решений суда.

Вместе с тем, было бы справедливым, чтобы гражданские и административные иски, представленные гражданами против судов, рассматривал Верховный совет юстиции, а обжалование происходило бы в Конституционном суде.

²⁷ Штефан Трексель, Права человека в уголовном процессе, Тбилиси, 2009, стр. 129 и 133.

Правовой анализ Определения №2/2/410 Конституционного суда Грузии от 7 февраля 2007 года

I. Вступление

В 2007 году Конституционный суд Грузии принял определение касательно толкования основного права получения информации о состоянии окружающей среды. Принятие определения совпало с периодом, когда в Грузии всё еще интенсивно проводилась политика экономического либерализма и радикального дерегулирования,² что более всех коснулось законодательства о защите окружающей среды.³ Эта политическая конъюнктура отразилась и на рассматриваемом определении и было принято решение (иск не был допущен из-за неподтвержденности факта возможного нарушения основного права), которое не отвечало требованиям правового обоснования. Цель настоящей статьи – критический анализ определения Конституционного суда, с той целью, чтобы подходы, развитые Конституционным судом в этом определении, не стали бы прецедентом при рассматривании подобных дел в будущем.

II. Краткое описание предмета тяжбы.

В данном деле истец требовал признать неконституционными две нормы закона Грузии о «Лицензиях и Разрешениях» (далее ЗЛР) в отношении пункта 5 статьи 37 Конституции Грузии:⁴ а) первый пункт статьи 20 ЗЛР, так как он предусматривал возможность разделения права пользования лицензией на части и возможность передачи в аренду или в собственность права пользования лицензией или её части, что, по мнению истца, ограничивало информированность общества и его участие в процессе принятия решения; б) первый пункт статьи 26 ЗЛР, так как он предусматривает принятие решения о получении разрешения в

порядке простого административного производства, что, по мнению истца, также ограничивает получение своевременной и адекватной информации обществом и конституционное право участия общества в процессе принятия решения.

III. Условия допустимости иска, обсужденные судом

В отмеченном определении Конституционный суд рассуждал о следующих условиях допустимости иска: а) правомочно ли юридическое лицо подавать иск по этому делу и б) насколько вырисовывается в спорных нормах возможное непосредственное нарушение основных прав и свобод истца в будущем.

1. Уполномоченное лицо как условие допустимости иска

Относительно первого вопроса, несмотря на существующую тогда запись («человек имеет право...»), Конституционный суд справедливо счёл некоммерческое юридическое лицо формально уполномоченным подать иск.⁵ Соответственно, с нормой, определённой пунктом 5 статьи 37 Конституции Грузии, с точки зрения определения круга субъектов, носителей права, с подходом суда в этом конкретном случае проблем не возникало.

Здесь же нужно отметить, что с конституционной реформой 2010 года произошло чёткое определение круга субъектов. Согласно поправкам не только «человек имеет право», но и «у всех есть право» своевременно получить информацию о состоянии окружающей среды, что стало дополнительным позитивно-правовым критерием, облегчающим такого рода толкование статьи 45 Конституции Грузии, когда вопрос отнесения рассматриваемого основного права к юридическому лицу и внесения в защищенную сферу зависит от содержания этого права.⁶

2. Возможное нарушение права как условие допустимости иска

а) Подходы Конституционного суда Грузии

В рассматриваемом положении Конституционный Суд, основываясь на законе Грузии о «Конституционном суде Грузии»,⁷ указал истцу на необходимое условие, согласно которому для признания представленного иска допустимым в оспариваемой норме должна проявляться возможность непосред-

¹ Доктор права, LL.M., академический директор Института административных наук ТГУ.

² Тенденции дерегулирования экономики в Грузии, см. V. Parava, *Georgian Economy*, 2009, p. 24-34.

³ Подобно. см. K. Kalichava, *Strategic Aspects*, *Journal of Law*, N2, 2012, p. 108-109.

⁴ По указанию истца, спорные нормы также противоречат конвенции о «Доступе к информации, участию общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Грузия присоединилась в 2000 г.), согласно которой недопустимо ограничение гарантированных прав общества на доступ к информации и участие в процессе принятия решения.

⁵ В соответствии с подпунктом «е» пункта первой статьи 89 Конституции Грузии.

⁶ Подробно об этом см. И. Бурдули, *Комментарии Конституции Грузии*, 2013, статья 45, стр. 601.

⁷ См. «а» подпункт первой пункта статьи 39 Закона о Конституционном суде Грузии

ственного нарушения прав и свобод в будущем. Суд считает, что в указанном деле не существует возможного нарушения конституционных прав, так как истец не обращался в административный орган ни с требованием получения соответствующей публичной информации, ни с требованием включения в простое административное производство в статусе заинтересованной стороны. Аргументация истца в связи с нарушением его прав в будущем фактически основывается на предположении, что выдающий разрешение административный орган нарушит законодательство, регулирующее выдачу публичной информации и простое административное производство. Такое соображение не может быть разделено, так как существует презумпция того, что административный орган выполняет законодательные требования и в данном случае Конституционный суд не признает основательным любую другую вероятность.⁸

b) Подходы догматики грузинского права.

В соответствии со статьей 39 Закона Грузии о «Конституционном суде» заинтересованные лица могут обратиться в Конституционный суд в двух случаях: первый – если истец считает, что нормативным актом уже нарушено его законное право и был причинен вред, что Конституционным судом Грузии именуется «фактом вторжения в права»⁹ и второе – если истец считает, что возможно непосредственное нарушение его прав и свобод, признанных второй главой Конституции Грузии, когда лица, правда, еще не коснулась спорная норма, но существует повышенный риск того, что лицо обязательно станет непосредственным объектом нарушения прав (т.е. «потенциальной жертвой»).¹⁰

Эта расширенная возможность обращения в Конституционный суд существует с 2002 года и является одной из эффективных возможностей превентивной защиты прав в практике. Вместе с тем, эту возможность нужно различать от порядка возбуждения иска *actio popularis*, когда истец оспаривает норму только потому, что она *in abstracto* нарушает основные права человека.¹¹ В Грузии подобное исковое полномочие есть только у народного защитника, исходя из его статуса (*ex officio*), в иных случаях иск должен возбуждаться для защиты собственных прав, а не прав других.¹²

⁸ Определение Конституционного Суда Грузии #2/1/410, Пункт первый.

⁹ См. Дж. Хецуриани, Полномочия Конституционного суда Грузии в сфере защиты основных прав человека, журнал «Обзор Конституционного права», 2011, №4, стр. 61-62.

¹⁰ Там же, стр. 62.

¹¹ Там же, стр. 62.

¹² Г. Кахиани, Конституционный контроль в Грузии, Анализ теории и законодательства, 2011, стр. 202.

IV. Низкий стандарт административного производства как потенциальное нарушение основного права (анализ положения)

1. Пятый пункт статьи 37 Конституции Грузии – основное процессуальное право экоцентрического характера

Для установления факта возможного нарушения основных прав, необходимо выяснить, существует ли прямая связь между оспариваемыми нормами и правами истца.¹³ С этой точки зрения, в первую очередь, нужно определить сферу защиты релевантного основного права истца. В данном случае речь идет об основном праве, гарантированном пятым пунктом статьи 37 Конституции Грузии, которое является процессуальным правом экоцентрического характера.¹⁴

В первую очередь нужно отметить, что Конституционной реформой от 15 октября 2010 года¹⁵ была расширена сфера защиты этого права. Старая редакция гласила: «человек вправе получить полную объективную и своевременную информацию о состоянии своей рабочей среды и среды своего проживания». А в новой редакции записано: «Все имеют право получить своевременную, полную и объективную информацию об окружающей среде». С удалением из этой нормы выражения «рабочей среды и среды проживания» объем защиты окружающей среды утратил антропоцентрическую окраску¹⁶ и приобрел чисто экоцентрический характер,¹⁷ что, естественно, расширяет границы защиты этого основного права и соответственно, ощутимо расширяет и границы содержания права обращения в суд.

С другой стороны, из-за придания большего значения фактору своевременного получения информации, под правом, гарантированным пятым пунктом статьи 37 Конституции Грузии, должно подразумеваться и право участия общества в принятии важных реше-

¹³ Об этом так же см. Дж. Хецуриани, Полномочия Конституционного суда Грузии в сфере защиты основных прав человека, журнал «Обзор Конституционного права», 2011, №4, стр. 64.

¹⁴ Нужно отметить что основное право защиты окружающей среды является именно процессуальным правом (Г.Гандли, Права человека и защита окружающей среды, 1995, стр. 356-384, см. в книге: Эйде/Краузе/Росас (ред.), Экономические, социальные и культурные права, 1995), в других случаях оно подразумевается под правом физической неприкосновенности (проживание в безопасной окружающей среде) и под правом собственности (см. S. Heselhaus, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 2007, S. 29 ff.).

¹⁵ см. Конституционный закон Грузии #3710-ЗВГ I, №62, 05.11.2010 г., ст. 379.

¹⁶ Примечательно, что в немецком праве защита окружающей среды как цель государства не до конца избавлена от антропоцентрического содержания (см. S. Heselhaus, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 2007, S. 20 f.).

¹⁷ Об экоцентрических и антропоцентрических целях защиты окружающей среды. см. M. Kloepfer, Umweltrecht, 2004, §1 Rn. 19ff.

ний о защите окружающей среды.¹⁸ Дело в том, что обеспечение участия общества в процессе принятия решения, исходя из принципа публичности, порождает обязательство предварительного информирования общества о начале административного производства.¹⁹ А участие общества в текущем публичном административном производстве обеспечивает беспрепятственное получение любой конкретной информации,²⁰ если она не содержит коммерческую или другую подобную информацию.²¹ Таким образом, было бы правильно, если мы под основным понятием получения информации об окружающей среде будем подразумевать не только позитивное обязательство государства – создать информацию о защите окружающей среды, или сделать эту информацию доступной для общества,²² но будем подразумевать и право участия в процессе принятия того административного решения, участием в котором будет гарантировано получение связанной с окружающей средой всей информации в динамичном режиме.²³

2. Низкий стандарт административного производства как ограничение права получения информации о защите окружающей среды (Критика подхода суда)

Как уже было отмечено, в рассматриваемом положении суд категорически исключил вероятность ущемления прав истца в будущем.²⁴ Так как право доступности информации о защите окружающей среды подразумевает и право партиципации в административном производстве,²⁵ должна быть разделена концепция «о защите основных прав посредством институционального строя и «административного производства».²⁶ Поэтому суд был обязан подчеркнуть не то, что в условиях простого административного производства административный орган выполнит свои обязанности и выдаст информацию, а рассуждать о том, достаточен ли был стандарт, установленный действующим правом для эффективной реализации основного права, гарантированного пятым пунктом статьи 37 Конституции Грузии. Таким образом, суд должен был особо оценить вопрос административного производства и возможного вовлечения в принятии решения общества и не должен был ограничиваться рассужде-

нием о простом административном производстве.

Эта критика подходов Конституционного суда касается признания конституционной только той нормы, которая подразумевает требование распространения правил административного производства в процессе выдачи разрешения о защите окружающей среды (I часть статьи 26 ЗЛР). Что касается вопроса признания неконституционной второй нормы (пункт 1, статьи 20 ЗЛР), которая подразумевает возможность разделения лицензии на части обладателем лицензии и передачу права пользования или его части другому лицу в аренду или собственность в связи с этим вопросом можно разделить подход суда, который не подтвердил возможность нарушения права истца в будущем. Кому будет передано право пользования – это незначительный вопрос, так как в отношениях такого типа важна не квалификация обладателя лицензии или другие его личные характеристики, а именно лицензионные условия, вместе с которыми происходит передача этого акта.

3. Еще об одном существенном значении административного производства в сфере защиты окружающей среды

Административное производство имеет не только процедурное значение, но и значение реализации основных материальных прав.²⁷ Процесс принятия решения в области защиты окружающей среды основан не только на позитивно-правовых регуляциях, но и на прогрессивных в этой области знаниях и оценке альтернатив. Участие общества в этом процессе имеет нормативное значение с той точки зрения, что в случае непринятия представленных ими соображений и замечаний административный орган должен иметь обоснованные ответы или должен предусматривать их.

В связи с этим, интересно одно из решений Европейского Суда,²⁸ где суд ответил на вопрос, поставленный Верховным Судом Словакии – насколько дает третий параграф статьи 9 Орхусской Конвенции организации по защите окружающей среды возможность обжаловать основное решение о нарушении ее права партиципации. На этот вопрос Европейский Суд не дал четкого ответа,²⁹ хотя Суд ясно указал, что нарушение прав организации защиты окружающей среды подразумевает и исковое право требования признания решения недействительным,³⁰ чем суд подчеркнул материально-правовое значение участия лиц в административном производстве с точки зрения принятия законного решения.

¹⁸ Противоположное соображение см. положение Конституционного суда Грузии #2/1/410, пункт 2; Решение Конституционного суда Грузии №2/1/524, пункт 17 и следующие пункты.

¹⁹ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, § 19, Rn. 18.

²⁰ Там же, §19, Rn. 21a ff.

²¹ Там же, §19, Rn. 22.

²² См. Решение Конституционного Суда Грузии #2/1/524, пункт 17; положение Конституционного Суда Грузии #2/1/410, пункт 2; Б. Кантария, *Комментарии Конституции Грузии*, 2013, статья 37, стр. 464-465.

²³ О данном вопросе сравните H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, § 19, Rn. 21 b. ff.

²⁴ См., в этой же статье, 2.4.1.

²⁵ См., в этой же статье, 2.5.1.

²⁶ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, § 19, Rn. 9.

²⁷ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, § 19, Rn. 9.

²⁸ EuGH, RS. C-240/09, см. ZUR, 2011, S. 317 ff.

²⁹ Там же, Rn. 53, S. 320.

³⁰ Там же, Rn. 51 f., S. 320.

V. Заключение

Анализ положения №2/1/410 от 7 февраля 2007 года Конституционного суда Грузии даёт возможность сделать несколько заключений. В первую очередь, под гарантированным в пятом пункте статьи 37 Конституции Грузии правом получения информации о состоянии окружающей среды кроме позитивного обязательства государства – создать информацию о защите окружающей среды или сделать ее доступной для общества – также подразумевается и право участия в процессе принятия того административного решения, участием в котором будет гарантировано получение любой информации об окружающей среде в динамическом режиме. Тем более, что подобная возможность не вырисовывается в других основных правах, а *per se* она должна подразумеваться под сферой защиты какого-либо основного права. Таким образом, в данном случае Конституционный суд должен был принять иск для существенного рассмотрения и установить факт возможного нарушения основного права.

Tamar Gegelia¹

Punishability of General Preparation of Crime (Comparative Legal Analysis)

I. Introduction

The present article addresses the concept of preparation of crime, its place in contemporary criminal law and the perspective of the maintenance of its punishability, as it represents one of the stages of (committing) a crime.

For the purposes of the research, and in order to illustrate that preparation of crime needs to be criminalized, preparation of crime will be set against the disclosure of intent on the one hand, and the attempt of a crime on the other (with examples from Georgia as well as foreign countries). The purpose of the article is to demonstrate the technical nature of moving the general preparation of crime from the law and its formulation as a special *corpus delicti*, which is not related to the legal regulation of the issue. For the purposes of present article, different types of incomplete crimes, such as conspiracy, solicitation and broad definition of an attempt, which are criminalized by legislations of foreign countries, will be analyzed and critiqued.

The article is based upon historic, formal logic, dogmatic, comparative legal, judicial practice generalization, and other research methods.

II. Different Ways to Criminalize Preparation of Crime

Despite the fact that liberalism recognizes the primacy of human autonomy and liberty over common public security², we can see that as time passes, in case of overlapping between these two values, state actions prove exactly the opposite³. A clear example of the infringement

of human liberty and the primacy of public security is that in most of the leading states of the world, a disclosure of the criminal intent is already considered a completed crime, e.g., *Corpus Delicti* of corruption, terrorist acts, war crimes, as well as different types of incomplete crime, including attempted crime, preparation of crime, conspiracy, incitement/solicitation and so on.

Criminal legislation of almost every developed country of the Civil Law and Anglo-American legal systems is characterized with general penalization of attempted crimes⁴. However, the same cannot be said about the preparation of crime, since, in this regard, only few exceptions exist, including criminal law of Georgia⁵.

There are two ways to punish preparation of crime, namely, general⁶ and special⁷. The former provides for the criminalization of preparation of crime, at the stage of crime development. If the action is prevented at the stage of preparation, two articles of Private and General Parts of the Criminal Code of Georgia (hereinafter referred to as "CCoG") will be applicable. – The Article of the General Part of the CCoG criminalizes the preparation of crime and the Article of the Private Part of the CCoG provides the *Corpus Delicti* of the crime, commitment of which was intended with the preparatory action. As for the latter, it provides separate *corpus delicti* for preparatory conduct, *delictum sui generis*, which, unlike the general definition, is incorporated in the private part of the CCoG. The latter also provides for the creation of certain types of incomplete crimes (conspiracy and solicitation) that are related to the actions provided by the private part of the CCoG.⁸

⁴ In this regard, laws of several states of the US are exceptions, namely the laws of Iowa, Maryland, North Carolina and Rhode Island, which envisage the special, and not general, *corpus delicti* such as attempt to murder, attempt to rape, attempt to poison and so on. However, in the majority of the listed states, attempted crime is as well punishable generally according to the judicial law. For more information on this issue, see: Michael Cahill, Attempt by omission (Brooklyn: Brooklyn Law School, 2009), 1223, fn. 62.

⁵ General punishability of attempted crime is envisaged by legislations of a number of Asian and European countries, including, the People's Republic of China (Criminal Code of 1 January 1980, Section 2, Article 19); Republic of Lithuania (Criminal Code of 26 September 2000, Article 21); Republic of Hungary (Criminal Code of 2012, section 11) etc.

⁶ K. Hedrikh, Punishability of the Preparation of Crime under Criminal Law of Georgia in Consideration of German Doctrine of Attempted Crime, *Criminal Science in the European Development Process, Criminal Symposium Collection 1*, editor – M. Turava (Tbilisi: 2013), 89.

⁷ Here we mean not only the *delictum sui generis*, but also other types of incomplete crime that will be discussed in the present article.

⁸ Punishability of solicitation in some states of the US depends upon the gravity of crime, e.g., solicitation for felony is punishable, whereas solicitation for misdemeanor is not. However, there are no such limitations in other states. See. Joel Samaha, *Criminal Law*, ed. Linda Schreiber-Ganster, 10th edition (Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2011), 264 and 266-267.

¹ PhD student at the Caucasus School of Law, Caucasus University. The author would like to thank Mr. Kakha Tsiqarishvili and Mr. Bachana Jishkariani for their considerable comments.

² John Hasnas. "Attempt, Preparation, and Harm: The Case of the Jealous Ex-Husband." *Ohio State Journal of Criminal Law* 9 (2012) 762. For more information, see also: John Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition, (Harvard University Press, 1999).

³ See: Andrash Shaio, "From Militant Democracy to the Preventive State?" *Review of the Constitutional Law*, 1(2009) 76-102; Gabriel Hallevy, "NATIONAL SECURITY UNDER LIBERAL SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW – WHEN DO NATIONAL SECURITY ISSUES BECOME CRIMINAL?", *Creighton International and Comparative Law Journal* 1, vol 3, (Creighton University School of Law, Fall 2012), 1-30.

The Georgian legislation provides a definition of general preparation of crime, whereas legislations of majority of states, including those that will be discussed in the present article for the purposes of comparative analysis (Germany, Great Britain and the United States of America), provide for the special punishability of preparatory conduct⁹.

It is noteworthy that not even a single abovementioned state – Georgia, United States of America (hereinafter referred to as “US”), Great Britain, and Germany – do not see a problem with regard to the penalization of incomplete crimes in general. Some consider incomplete crime to mean conspiracy, solicitation, attempt or preparation; however, the aim of criminalization (protection of the legal concerns at the earliest stage and crime prevention) is the one thing that unifies them all. Controversy and disagreement is caused by a certain notion of crime preparation in light of its compliance with “foreseeability” and “certainty” of law.

The CCoG criminalizes the preparation of crime under Article 18. In the current criminal law of 1999, the concept of preparation of crime underwent many amendments, which only affected the scope of the liability and not its material content. CCoG of 1999, which came into force in 2000, initially envisaged responsibility for especially grave crimes only; however, in 2006, with the influence of “zero tolerance” policy of criminal justice, punishability of grave crimes was also added to the list. With the changes of 2008 and 2011, the scope of crime preparation was even more widened and the third category – preparation of misdemeanor- was added to the existing two categories of crime¹⁰. However, unlike grave and especially grave crimes, only 10 types of *corpora delicti* of misdemeanors are punishable at the stage of preparation, majority of which are crimes of malfeasance, criminalization of which, at a very early stage, was justified by the law as the purpose of criminal justice policy¹¹. It is noteworthy that with the growth of the scope of liability for crime preparation, amendments were made to the Private Part of the CCoG as well. Specifically, legislative constructions of these actions were changed, prevention of which at the early stage and their severe punishment were influenced by the criminal laws of Europe¹² and the aims of national

criminal justice policy. The amendments mostly affected the crime of malfeasance, including accepting bribes. If before the amendments, for the completion of the crime (*corpus delicti*), acceptance of a bribe was necessary, after the amendments, formal completion of an action was narrowed down to the promise and demand to accept a bribe¹³, i.e., acceptance of a bribe was left beyond qualification since the demonstration of a will was already considered sufficient for the formal completion of an action. The abovementioned amendment of 2008 concerning the general punishability of the preparation of crime indicates that the crime of accepting a bribe became punishable even at the stage of preparation. The foregoing questioned the material content of preparation, since its qualification as completed crime moved it to such an early stage that it casted doubt on its relation with the category of reality¹⁴.

Preparation of crime, according to the CCoG, means the intentional creation of conditions for the perpetration of crime. The issue of what is meant by creation of conditions for the perpetration of crime is settled and is no longer a subject of controversy among legal experts. In Georgian as well as in foreign criminal legislations there is a widespread opinion that preparatory actions contribute and facilitate to the *corpus delicti* and are distinct from the perpetration of crime¹⁵. According to these opinions, preparatory actions are diverse and their assessment is dependent upon the *corpus delicti* of a crime, commitment of which is intended by these actions¹⁶. An example of the *corpus delicti* of a murder can be the purchase¹⁷, production¹⁸, repair and bringing into working order of firearms¹⁹, going to the crime scene²⁰, gathering of relevant information for committing a crime²¹, unsuccessful incitement²², supplying a poison with the intent to murder²³ and so on.

Based on the abovementioned example, there are different opinions expressed in the criminal law literature re-

⁹ See Article 338 of the Criminal Code of Georgia.

¹⁴ In the Criminal Law of Georgia, punishability of incomplete crime is explained with the categories of possibility and threat. In this regard, see: Tinatin Tsereteli, *Preparation and Attempt of a Crime* (Tbilisi: Georgian SSR. Academy of Science, 1961), 89-90.

¹⁵ Johannes Wessels and Verner Boilke, *General Part of Criminal Law – Crime and its Anatomy*, editor – Irakli Dvalidze, Translator – Zurab Arsenishvili (Tbilisi: Tbilisi University Press, 2010), 348-349; Tinatin Tsereteli, (1961), 90.

¹⁶ Otar Gamkrelidze, *Incomplete Crime*, v. 3, *Problematic Issues of Criminal Law*, (Tbilisi: Meridiani, 2013), 237; Tinatin Tsereteli, 1961, 80; Johannes Wessels and Verner Boilke, 348-349.

¹⁷ Tinatin Tsereteli, 1961, 80; Ketevan Mchedlishvili – Hedrikh, *General Part of Criminal Law: Certain Forms of Crime Detection*, (Tbilisi: Meridiani, 2011), 34; Aleksandre Kvashilava, *General Part of the Criminal Code of Georgia with Commentaries*, editor. B. Salukvadze, Second revised edition (Tbilisi: Leta, 2009), 70.

¹⁸ Irakli Dvalidze, *Incomplete Crime, General Part of the Criminal Code of Georgia* (Tbilisi: Tbilisi University Press, 2004), 153.

¹⁹ Boris Furcxvanidze, *Soviet Criminal Law – General Part* (Tbilisi: Tbilisi University, 1971), 179.

²⁰ Johannes Wessels and Verner Boilke, 357.

²¹ Malkhaz Lomsadze, *General Part of the Criminal Code of Georgia (with annexed texts)*, Red. O. Gamkrelidze, (Akhaltsikhe: University of Akhaltsikhe, 2013), 61.

²² Tinatin Tsereteli, 1961, 81.

²³ Kapiton Kvirkvelia, *Criminal Law: General Part*, editor – Merab Turava (Tbilisi, Law, 2004), 190.

⁹ Terms „დანამაულის გენერალური მომზადება“ (“General preparation of crime”) and „მომზადების გენერალური დასჯადობა“ (“special punishability of preparatory conduct”) are used by L. Kharanauli and K. Mchedlishvili. see, Levan Kharanauli, *Dissertation: Punishability of Incomplete Crime According to the Criminal Codes of Georgia and Germany (Comparative Legal Analysis)*, Supervisor: Merab Turava (Tbilisi: Tbilisi University Press, 2013); and K. Hedrikh-Mchedlishvili, *Punishability of the Preparation of Crime under Criminal Law of Georgia in Consideration of German Doctrine of Attempted Crime*, *Criminal Science in the European Development Process*, *Criminal Symposium Collection 1*, editor – M. Turava (Tbilisi: 2013).

¹⁰ K. Hedrikh, (2013), 91-92; O. Gamkrelidze, *Incomplete Crime, Problematic Issues of Criminal Law*, v. 3 (Tbilisi: Meridiani, 2013), 239-240.

¹¹ See explanatory note for the Law on “amendments and changes to the Criminal Code” N403, 23 October 2008.

¹² E.g. Criminal Law Convention on Corruption. Ratified by Resolution of the Parliament N 3956–RS, dated 14 December 2006.

garding the criticism of general punishability of preparation of crime. Namely, the fact that the preparation of crime causes little public danger²⁴, large gap between the preparatory action and the anticipated result²⁵, “vagueness”, and “irrelevance of the preparatory action, which clearly do not create the “real potential of executing” corpus delicti²⁶, incompatibility with the institution of voluntary refusal to complete crime²⁷, non-determination of the definition of preparation of crime and non-compliance with the warranty function of the law²⁸, as well as practical impunity of the preparatory conduct and its uselessness in this regard²⁹. However, some legal theorists believe that punishability of preparation of crime is essential in certain instances due to its high public danger and high value of protected concerns³⁰, on the one hand, and the nearness of preparatory action to the attempt of a corpus delicti of a crime, on the other³¹. Other theorists, though, demand the formulation of a special corpus delicti for the preparation of crime³².

The issue of how argumentative are these opinions regarding the definition of preparation of crime and reasoning of its decriminalization will be discussed below.

If, with regard to the *corpus delicti* of a murder, the preparatory action is deemed to be the purchase of a firearm, sharpening of a “cold weapon” (knife), or examining the crime scene, the abovementioned criticism (remoteness from fulfilling *corpus delicti*, little possibility to realize result, little significance of an action, etc.) regarding the general punishability of the preparation of crime would seem very fair. However, the given examples with respect to the determination of the essence of the preparation of crime are quite irrelevant.

In Georgian criminal law literature, punishability of an incomplete crime is explained with the category of possi-

bility and threat³³; correspondingly, preparation of crime should be explained with this category as well³⁴. The foregoing opinion is shared by the criminal legislation of Georgia as well³⁵. Ketevan Mchedlishvili-Hedrikh pointed out correctly that criminal law of Georgia is not based upon subjective theory and named Articles 7 and 20 of the CCoG in order to illustrate the foregoing.³⁶ According to Article 7 of the CCoG, only socially dangerous wrongdoers or actions creating the threat of the prejudice are to be dealt with under criminal law³⁷. Hence, social danger is one of those essential criteria that cause the criminalization of an action.³⁸ In this regard, Article 20 of the CCoG is also of great importance, since it ranks the “unrealistic” preparation and attempt of a crime among those actions that have no relevance for the criminal law and excludes their criminal punishability. Hence, the CCoG envisages socially dangerous actions that cause damage to protected concerns, or pose a threat of such damage. According to this reasoning, both phases of incomplete crime, preparation and attempt³⁹, should be explained with reference to the category of real possibility and the seriousness of the threat.

1. General preparation of crime *actus reus*

The objective side of the preparatory conduct (*actus reus*) is manifested through the creation of conditions for the perpetration of crime. What can be meant by the “creation of conditions” is a controversial issue. Many legal theorists believe that general definitions are unsafe since within the framework of such definitions determination of whether or not an action is a crime would be the prerogative of the prosecutor, hence the principle of “*nullum crimen sine lege*” would be violated.⁴⁰

The notion of preparation should be understood in the context of restrictive principles of criminal law⁴¹ that are

²⁴ Tinatin Tsereteli, 1961, 90

²⁵ Ibid. 90; Tinatin Tsereteli and Vladimer Makashvili, “Some Issues of Criminal Law”, *Journal – Soviet Law 1* (1957) 47-48; Also, Richard G. Singer & John Q. La Fond, *Criminal Law*, 5th edition (New York: Aspen Publishers, 2010), 310-311.

²⁶ T. Tsereteli, “Use of the Category of Real Possibilities for the Formulation of Attempted Crime Definition”, *TSU publications v. 14* (1942) 42.

²⁷ Merab Turava, *Criminal Law: Overview of the General Part*, editor – Lavrenti Maglakelidze, 9th edition (Tbilisi: Meridiani, 2013), 300; T. Tsereteli, 1961, 91. R.A. Duff, *Criminal Attempts*, ed. Andrew Ashworth (New York: Oxford University Press, 1996), 37. However, in the mentioned monograph, the author criticizes the general understanding of the attempted crime, known as the test of first act and its relation with the voluntary refusal to complete crime.

²⁸ Tsereteli, 1961, 89-90; Levan Kharanauli, *Dissertation: Punishability of Incomplete Crime According to the Criminal Codes of Georgia and Germany (Comparative Legal Analysis)*, Supervisor: Merab Turava (Tbilisi: Tbilisi University Press, 2013), 80; Michael Cahill, (2009), 1247.

²⁹ T. Tsereteli, *Preparation and Attempt of a Crime, Problematic Issues of Criminal Law*, v. 1. (Tbilisi: Meridiani, 2007), 395; L. Kharanauli, 79.

³⁰ Tsereteli (1942) 42-43.

³¹ T. Tsereteli, (1961), 88; Otar Gamkrelidze, *Interpretation of the Criminal Code of Georgia: General Part*, editor – Merab Turava, Second completed edition (Tbilisi: 2010), 159.

³² L. Kharanauli, 79-80; T. Tsereteli (1961), 93-97; G. Tkeshelidze, “Paper on the Incomplete Crime”, *Soviet Law Journal 4*, (Georgian Central Committee Press, 1962) 87-91; T. Tsereteli and V. Makashvili, “Some Issues of Criminal Law”, *Soviet Law Journal 1* (1957) 47-48.

³³ T. Tsereteli, “Using the Category of Real Possibility in order to Formulate the Definition of an Attempt of a Crime”, *TSU Publications v. 14* (1942) 23-24; I. Dvalidze, 156; K. Mchedlishvili – Hedrikh (2011), 9-10.

³⁴ Prominent American scientist Douglas Husak explains the punishability of incomplete crime with the category of threat and “risk”. See: Douglas Husak, *Over Criminalization – The Limits of the Criminal Law*, (Oxford & New York: Oxford University Press, 2008), 176.

³⁵ K. Hedrikh, (2011), 9.

³⁶ Ibid.

³⁷ On the social dangerousness of an action and the definition provided by Article 7(2) of the CCoG, see: M. Turava, (2013), 70-71.

³⁸ Guram Nachkebia, *Criminal Relation and the Notion of a Crime*, editor Nona Todua, (Tbilisi: 2002), 18-20.

³⁹ Article 19 (1) of the CCoG: “Attempted crime shall be a deliberate action that was designed to perpetrate a crime but the crime was not completed.”

⁴⁰ L. Kharanauli, 77; Duff, 140. In the named paper, the author, just like Michael Cahill, criticizes the broad definition of preparation of crime with relation to the principle of legality, as it has a close proximity with the attempt of a crime. See: Michael Cahill, *Attempt by Omission*, (2009), 1247.

⁴¹ On the importance of using restrictive principles of material criminal law, see: N. Gvenetadze and M. Turava, *Methodology of Decision-making on Criminal Cases*, editor N. Dzidziguri (Tbilisi: Association of Georgian Judges, 2005), 48.

applied by the legislators while criminalizing an action such as the principle of legality; principle of legality of an action; principle of fault liability and many more.⁴²

We should share the opinion expressed in the Georgian legal literature that the preparation of crime should be defined in conjunction with attempted *corpus delicti*.⁴³ Correspondingly, the abovementioned examples are useless in order to illustrate the preparation of *corpus delicti* of a crime. Mere purchase of a firearm with the intent to kill someone would not meet the criteria of “nearness” and, accordingly, would not create the threat that is typical to the preparation of crime.⁴⁴ It would be a different story if an armed individual were waiting for the appearance of the potential victim in order to shoot and kill him/her.⁴⁵ In the latter case, preparation meets the criteria that are set by the law, i.e., it is an action that has the potential to entail a certain result and is close to the attempt of a crime, which correspondingly poses a threat to a protected concern. In the definition of preparation, legislators may not have accidentally demanded that in order for an action to qualify as preparation, certain “conditions”, i.e., combination of actions should exist, which once again emphasizes the necessity to take into account the real criteria while determining the preparation⁴⁶.

Safety of the protected legal concern is better ensured at an early stage through criminalization of preparation rather than with a *corpus delicti* of a completed crime. There is a reasonable opinion expressed in legal literature that a range of concerns, due to their high value, need to be protected at an early stage⁴⁷. For instance, creation of a terrorist group, due to its high social dangerousness, is often formulated as a completed crime in the Private Part of the CCoG⁴⁸ (with the influence of European criminal law⁴⁹); it is not clear how the criminalization of this crime as a *delictum sui generis* is different from such approach,

which formulates terrorist offense as a completed crime in light of the subject matter (for instance, its completion is indispensably dependent upon the attack on a certain object), and punishes the creation of a terrorist group as a preparation according to the relevant article of the General Part of the CCoG. Many more examples can be cited in order to demonstrate the dangerousness of preparation, for instance: opening the door of the victim’s room with the intent to kill him/her; giving of a sleeping aid to a child by deception in order to have sexual intercourse with him/her; damaging surveillance cameras by armed individuals with the intent to rob a supermarket in order to get inside immediately, etc. These examples properly demonstrate the necessity to criminalize an action at the stage of preparation, when the relevant ground is not yet created to qualify such an action as an attempt of a crime; however, it needs to be given a proper reaction. However, it should also be noted that not even a single abovementioned action is left without proper reaction under the practices of those countries that even though refuse to criminalize preparation, yet do not avoid the use of other tools of criminal law from the early stage. The foregoing will be discussed later.

As for the vagueness of the definition of preparation and its incompatibility with the principle of legality, this argument should be brought forward in light of the legislative definition of a particular country and not the preparation in general. In this regard, one may overview Article 18 of the CCoG and provide a more concrete definition of the phrase “intentional creation of conditions”.

Due to the variety of *corpus delicti* provided by the law, it is impossible to provide detailed description of those conditions that may constitute preparatory actions of a crime, and for this reason, it is reasonable to use general definitions in order to determine preparation. Douglas Husak is not against general definitions either. According to him, a general definition may be as broad as it is necessary to achieve a goal, for which the particular action was criminalized and which should be the only way to achieve the legitimate objective⁵⁰. Hence, he believes that this is the question that should be answered in the first place. It is also interesting that according to Cahill, who, even though is not supportive of general definitions as he believes that such definitions pose a threat of unjust restriction of human rights, thinks that not even an excessive concretization is flawless since they may cause unnecessary burdening of legislation, which makes it harder for the “unprofessional individual” to look up the restrictive norm and determine the compliance of an action with it⁵¹. We may as well say that the European Court of Human Rights (Hereinafter referred to as – “ECHR”) has the similar opinion as Husak with respect

⁴² G. Natchkebia, 21-22. Detailed information on the principles of criminal law see: G. Natchkebia, *Criminal Law: General Part*, editors – Irakli Dvalidze and Zaur Natchkebia (Tbilisi: Innovation, 2011), 79-104.

⁴³ K. Hedrikh, (2011), 31; O. Gamkrelidze. 2010. 159.

⁴⁴ On this issue see: Tamar Gegelia, “Approaches of the Contemporary Criminal Law Regarding the Interrelation between Disclosure of Intent and the Preparation of Crime”, *Justice and Law*, 4 (2013), 126-129.

⁴⁵ In this regard, practice of the Supreme Court of Georgia should be interesting, which views stalking of a person by an armed individual with the intent to kill him/her, as the preparation of murder. See: Ruling of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Criminal Cases, 2K-16KOL. – 04, 20 January 2004.

⁴⁶ For the detailed information on this issue, see: Tamar Gegelia, 130.; Special emphasis is put on the, “Cumulation of Circumstances” by Kharanauli in his dissertation work. See: Kharanauli, 56.

⁴⁷ M. Turava, 2013, 301; O. Gamkrelidze, 2013, 240; T. Tsereteli, (1942)42-43.

⁴⁸ For instance: such actions are membership of a terrorist organization, participation in the activities of a terrorist organization, formulation of a terrorist organization and leading thereof or participation therein (Article 327), as well as provision of training or assistance to the terrorist organization to conduct a terrorist act (Article 330²).

⁴⁹ See: International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1999.

⁵⁰ Douglas Husak, 168.

⁵¹ Michael Cahill (2009) 1248.

to general definitions of norms. In this respect, the case of *Ashlarba v. Georgia* is quite interesting⁵². The applicant was convicted of the offence of being a member of the “thieves’ underworld” under Article 3 of the Law on Organized crime and Racketeering, according to which “thieves’ underworld” means “any type of group of people who act in accordance with the special set of rules adopted or cherished by them ...” and “a member of a thieves’ underworld” is “any person who recognizes the special rules of the thieves’ underworld and is actively engaged in furtherance of the goals of that underworld”. The applicant alleged that the article in question had not been precise and foreseeable enough for him to regulate his conduct accordingly, which violated Article 7 of the European Convention of human Rights (hereinafter referred to as – “Convention”), which reads that “the norm should be foreseeable and must not be extensively construed to an accused’s detriment by analogy”⁵³. Having regarded the historical background and results of the socio-legal research, the Court considered the named articles to be in complete compliance with Article 7 of the Convention⁵⁴ and, hence, held that there had been no violation⁵⁵. The Court judgment read, “Many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague, and their interpretation and application depend on practice.” The norm is not a culinary recipe to have a detailed description of everything in its content. Comparatively broad description of the preparation of crime should be understood likewise. In order to justify its criminalization in this form, it is necessary to determine the scope of liability not according to categories in general, but rather according to other features of *corpus delicti* such as object of an action, subject, protected concern, etc. Such an approach would better demonstrate the objective of the state to punish an action at its earliest stage.⁵⁶

There was an opinion expressed in the criminal law literature on how to solve a problem related to the general definition of the preparation of crime. According to the opinion, in order to clarify the definition of preparation, the notion should be specified with the element of nearness with the attempt⁵⁷. According to another opinion, the notion of preparation should be defined in such a way “to give more reality to the conditions created for the pepe-

tration of crime”⁵⁸. Introduction of the element of “nearness” cannot solve the issue, since it cannot ensure the accurate determination of the punishability of preparation in every concrete instance and it may as well entail another debate around the problem; for instance, debate upon what did the lawmaker mean under the words, “an action should be close to”, how close is it meant to be and so on. A fortiori, countries of the Anglo-American legal system have the similar practice, namely, they use the test of “nearness” in order to distinguish between preparation and attempt⁵⁹. However, such a definition should still be assessed positively since it is hard to understand the preparation properly by applying the principles of criminal law. The term “nearness” will shed some light upon the nature of preparation and will move the debate to another level. Besides, in order to correctly understand the concept of preparation of crime, it is of crucial importance to remove such irrelevant actions from the CCoG that are declared by the law as an attempt at a crime, thereby establishing double-sided preparation, which can be confusing and harden the correct understanding of the norm. For instance, unsuccessful incitement⁶⁰, which is the disclosure of the intent⁶¹ and not the preparation since it is more distant from the commencement of the action than it is typical to the legal nature of the preparation⁶² (hence, does not fall under the category of real possibility), is also referred to as a preparation by the law in another general article⁶³.

Another argument brought forward against the general preparation is its non-applicability in practice⁶⁴, which according to opinions of some legal theorists, weakens the power of the norm and “degrades it in the public eye”⁶⁵. In contradiction to the opinion expressed in the Criminal law literature, we must say that statistical data received from the Ministry of Internal Affairs of Georgia and Tbilisi City Court do not illustrate the non-applicability of preparation in practice. Based on the analysis of the statistical data received as public information and the Court’s judgments of guilt, we may say that actions are assessed at the stage of preparation if the cases are of great significance, i.e., fight against which is the priority

⁵² ASHLARBA V. GEORGIA, №45554/08, 15.10.2014. Retrieved from: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"respondent":\["GEO"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-145572"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) 25.12.2014

⁵³ Ibid. Paragraphs 25 and 33.

⁵⁴ Ibid. 37.

⁵⁵ See similar cases: *Cantoni v. France*, 17862/91, 11. 11. 1996; *Huttmäki v. Finland*, 54468/09, 06.03.2012

⁵⁶ With regard to the aim of criminalization, see: Douglas Husak, *Four Points About Drug Decriminalization*, *Criminal Justice Ethics* 22, (2003), 24; Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2, (2004) 527-530; Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 6th ed. (New York: Oxford University Press, 2009), 22-43.

⁵⁷ K. Hedrikh, (2013), 98; for similar opinions see: T. Tsereteli, 1961, 88; Otar Gamkrelidze (2010), 159.

⁵⁸ L. Kharanauli, 55.

⁵⁹ Diana Roe, *Criminal Law*, 3rd edition (London: Hodder Arnold, 2005), 261-262; Duff, 42; Joel Samaha, *Criminal Law*, ed. Linda Schreiber-Ganster, 10th edition (Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2011), 242.

⁶⁰ Article 25 (7) of the CCoG, [...]Criminal liability for the preparation of the crime shall likewise be imposed upon the one who failed due to circumstances beyond his control, to persuade other person into wrongdoing.”

⁶¹ Unsuccessful incitement is viewed as the disclosure of intent by K. Mchedlishvili–Hedrikh. See: K. Hedrikh, (2011), 20.

⁶² L. Kharanauli does not consider unsuccessful incitement to be the disclosure of intent. He views it as an “incomplete preparation of crime”. See: L. Kharanauli, 44-45.

⁶³ Tamar Gegelia, “Approaches of the Contemporary Criminal Law Regarding the Interrelation Between Disclosure of Intent and the Preparation of Crime”, *Justice and Law*, 4 (2013)130-133.

⁶⁴ L. Kharanauli, 79

⁶⁵ T. Tsereteli, (1961) 92

objective of the state policy, such as drug-related crimes, sale of firearms, terrorist crimes, trafficking, and also other corruption related crimes⁶⁶. Making the policy of Criminal law stricter and moving the imposition of liability at the early stage for crimes directed against public order and security is typical to other countries such as Great Britain, where more than half of the investigated crimes are indeed conspiracy for the perpetration of drug-related crime⁶⁷.

Preparation vs. *locus poenitentiae* is one of the main arguments brought forward by those who are against the general criminalization of preparation. According to their opinion, imposition of liability at relatively early stage of preparatory conduct deprives a person of the opportunity to refuse to complete a crime⁶⁸. This problem cannot be solved through refusal to introduce general punishability of preparatory conduct, since, as research⁶⁹ shows, post-crime encouraging norms do not apply to all the special torts of the preparatory conduct⁷⁰. On the other hand, if placing these encouraging norms⁷¹ in the Private Part of the CCoG can solve the problem⁷² related to the restricted torts, why cannot we say the same with regard to the refusal to complete a crime in light of the general preparatory conduct? We may as well say that a person is deprived of the *locus poenitentiae* even at the stage of incomplete preparatory conduct, which would not be right. A person has the opportunity to refuse to complete a crime at both the abovementioned stages as well as at the stage of completed attempt of a crime, and if he/she uses this opportunity, he/she will be released from criminal liability. Proper understanding of preparatory conduct, i.e., "its nearness with the attempt" broadens the opportunity to refuse to complete a crime. Unlike instances of criminalization of disclosure of intent, a person has the objective opportunity to refuse to complete a crime. For instance: "A" purchased a cold weapon for the purposes of causing damage to the health of "B" and the next day

headed to his/her house in order to fulfill his intentions. "A" entered the yard of "B", overcame the obstacle caused by the dog and entered the house. Staged between the purchase of a weapon and coming to the house do not constitute preparatory conduct due to their remoteness from the completion of crime; they are simple disclosure of the intent. Entering the house makes the actions of "A" more concrete and increases the possibility for the arrival of the illegal consequence, hence, the action creates a real possibility for the damage of protected concern. As for the actual capture of the victim and raising a knife, this would already constitute an attempt due to a higher possibility for the realization of the illegal consequence and hence a higher degree of threat. The foregoing example is enough to demonstrate that the criminalization of the preparatory conduct does not deprive a person of the possibility to refuse to complete a crime. Of course the stage of preparation leaves a lesser possibility for the refusal to complete a crime than, for example, a completed attempt. However, a state should have the possibility, due to the objectives of its policy, to establish different extents of these encouraging norms; otherwise, a range of actions would lose their preventive effect⁷³.

2. Comparative Criminal Law with Regard to Incomplete Crime

As already noted above, majority of states categorically refuse to introduce punishability of the general preparation of crime due to the liberal principles and objectives of criminal law. These states are from both continental European as well as Common Law systems. However, as demonstrated by the analysis of criminal laws of some of these states, refusal to criminalize preparation of crime broadly is only a formality. These states, in most of the cases, try to fill the gap caused by the impunity of preparatory conduct with different legal mechanisms.⁷⁴ Based on the analysis of criminal laws of foreign countries, we may distinguish the following legal mechanisms that are used in order to punish the preparation of crime: the so called inchoate crimes⁷⁵, i.e., types of incomplete crime such as attempt of a *corpus delicti*, conspiracy, solicitation/incitement, and so called *delictum sui generis*, where the disclosure of the intent, preparation of a crime and its attempt are considered completed crimes according to the private parts of the relevant Law.

⁶⁶ Letter N 2319370 of the Ministry of Internal Affairs of Georgia, dated November 17, 2014, which provides the statistics of investigation and prosecution started under Article 18 of the CCoG. In addition, Letter N 31746-1 of the Tbilisi City Court, dated 10 September 2014, through which I was provided with the copies of Court judgments of guilt, selected randomly.

⁶⁷ David Ormerod, Smith and Hogan Criminal Law: Cases and Materials, 10th edition (Oxford & New York: Oxford University Press, 2009), 534.

⁶⁸ Tsereteli (2007), 394; L. Kharanauli, 76 and 79; M. Turava (2013), 300.

⁶⁹ L. Kharanauli, 88.

⁷⁰ L. Kharanauli, 87-88.

⁷¹ Such post-crime encouraging norms are also given in the CCoG, such as see notes of Article 236 (Illicit Purchase, Keeping, Carrying, Production, Shipment, Transfer or Sale of Fire-Arms, Ammunition, Explosive Material or Explosive Device) and Article 260 (Illicit Preparation, Production, Purchase, Keeping, Shipment, Transfer or Sale of Narcotics, the Analogy or Precursor Thereof).

⁷² L. Kharanauli states in his dissertation work that problems related to the deliberate refusal to commit a crime also exist with regard to the special torts of preparation. However, this cannot be the basis for the denial of special punishability of preparation. Rather, the law should allow the application of deliberate refusal to commit a crime to each *delictum sui generis*. See: L. Kharanauli, 97.

⁷³ Duff, 41.

⁷⁴ Kakha Tsikarishvili, "Some Opinions About the Differentiation of Preparation and Attempt of a Crime According to the US and European Criminal Legislation", *Justice and Law*, 1(2010), 18.

⁷⁵ The History of Types of Incomplete Crimes (Inchoate Crimes) in Great Britain and USA, see: Gabriel Hallevy, "NATIONAL SECURITY UNDER LIBERAL SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW – WHEN DO NATIONAL SECURITY ISSUES BECOME CRIMINAL?", *Creighton International and Comparative Law Journal N.1, vol 3*, (Creighton University School of Law, Fall 2012), 10-13.

III. The Practice on Broadening the Definition of the Attempt of a Crime

The definition of the attempt of a crime and its practical interpretation differs from state to state, which is caused by the chosen direction of criminal law. For instance, according to the CCoG, "An attempted crime shall be a deliberate action that was designed to perpetrate a crime but the crime was not completed." According to the Criminal Code of Germany, "A person attempts to commit an offence if he takes steps which will immediately lead to the completion of the offence as envisaged by him."

⁷⁶ According to the Model Penal Code⁷⁷ of the USA, "An attempt constitutes an essential step in order to commit the offense;"⁷⁸ according to the Criminal Code of French Republic, "An attempt is (...) being demonstrated by a beginning of execution..."⁷⁹; according to the Criminal law of England, "If, with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence,"⁸⁰ and so on. Many more examples can be cited from the legislations of different countries that demonstrate subjective and objective directions. However, even though the definition of the attempt is often formulated based on the objective theory, the conduct is still qualified according to the subjective tendencies and vice versa. For instance, even though, under the Criminal Code of French Republic, the law introduces the beginning of execution as the essential element of the *actus reus* of the attempt, court practice shows the tendencies of defining attempt in a broader manner. For example, simply holding a firearm with the intent to assault was qualified as an attempt of assault by the court⁸¹; likewise, examining closed windows was also qualified as an attempt⁸². Based on the analysis of French practice, legal theorists concluded that broad definition of attempt is often derived from political goals, namely, courts use stricter tests with regard to crimes committed against minors, as well as sexual abuses involving violence⁸³. In this regard, court practices of the US and Great Britain are quite interesting, where the interpretation of the scope of an attempt would change over the years depending upon the direction, objective or subjective. In accordance with this, certain tests, namely, the test of unambiguousness⁸⁴, proximity

tests⁸⁵, the test of essential step, probability of denial test⁸⁶, the first act⁸⁷, the final act^{88&89}, etc., were used interchangeably.

Qualification of the stage of perpetration of a crime as an attempt is based upon the subjective and objective theories⁹⁰. They are also called the theories of the threat of an action and the threat of an individual⁹¹. "For the first theory, it is important how much is left to be done in order to complete the crime, while in case of the second theory, the special emphasis is given to the completed actions already committed by an individual, in order to demonstrate how dangerous this individual is for the society."⁹² Despite the criticism of the subjective theory and Anglo-American tests derived from it (first act, essential step)⁹³, they are still used excessively in the court practice. In order for the stage of the execution of a crime to meet the test of "essential step", it should explicitly demonstrate the intent of the perpetrator to commit a crime. Such a definition shows that the qualification is not dependent upon the proximity of the action with the beginning of the execution and hence the extent of a threat of the realization of *corpus delicti*, but rather a formal side, i.e., how provable is the intent of the perpetrator to commit a crime⁹⁴. According to such interpretation, if a person purchases a weapon with the intent to kill someone and writes his intentions in his diary, from that stage his "action" would fully meet the requirements of the test of "essential step" and would constitute an attempt to murder; however, this would violate the principle of legality and would unjustifiably interfere within the space of an individual.

According to the definition provided by Model Penal Code, "essential step" and therefore the choosing of a

⁷⁶ Johannes Wessels and Verner Boilke, 347.

⁷⁷ Model Penal Code.

⁷⁸ Kakha Tsikarishvili, 17.

⁷⁹ Catherine Elliott, French Criminal Law (Portland: William Publishing, 2001), 95.

⁸⁰ See. Criminal Attempts Act 1981.

⁸¹ Catherine Elliott, 97.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ J. Samaha, 243. According to the test of unambiguousness, action should be qualified as an attempt if a random pedestrian, who saw the action of the perpetrator, believes that he/she is going to commit a particular crime. The foregoing test is criticized because of its broad scope and is no longer used nowadays.

⁸⁵ J. Samaha, 242- 243; According to the test of proximity, action should be qualified as an attempt if it is close to the perpetration of a crime. The element of "proximity" causes some problems in practice. According to the opinion expressed in the literature, "proximity" should be understood according to a specific circumstance, while taking into consideration the subject of an action, expected threat and other factors. See: Duff, 46.

⁸⁶ This test gives the greatest significance to the extent of the actions carried out in order to fulfill the perpetrator's intentions and the probability of the refusal to commit a crime by the potential offender. Mentioned approach is subjected to criticism because of its speculative character. See: J. Samaha, 244 ; Also, Duff, 44-46.

⁸⁷ According to this test, in order for a conduct to be qualified as an attempt, a mere action is enough, i.e., first action (for instance, purchase of a firearm with the intent to kill) directed towards the committing of a crime, already constitutes an attempt, see: Duff, 35.

⁸⁸ According to this test, in order for a conduct to be qualified as an attempt, it is necessary for the perpetrator to commit the final act for the execution of a crime. See: Duff, 37-42. Singer, 312. Unlike the first act test, the final act test greatly narrows the scope of the applicability of an attempt, and we may as well say that it only recognizes the completed attempt.

⁸⁹ J. Samaha, 244; Smith and Hogan, Criminal Law, 582-595; Mike Molan, Duncan Bloy and Denis Lanser, Modern Criminal Law, 5th edition (Portland: Cavendish Publishing, 2003), 161-165; Diana Roe, 260-262; Richard G. Singer and John Q. La Fond, 312-313; CMV Clarkson, HM Keating & SR Cunningham, Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials, 6th edition (London: Thomson, 2007), 491-500; Duff, 42-57.

⁹⁰ Clarkson and Keating Criminal Law, 491.

⁹¹ J. Samaha, 242; Duff, 34-35.

⁹² J. Samaha, 242.

⁹³ Duff, 37.

⁹⁴ Singer, 315.

victim should be deemed as “attempt of a crime”, chasing him/her (stalking), choosing/selection of the object of an attack, purchase of a weapon and other similar stages, if their existence is proven with the relevant evidence⁹⁵. Thus, the vagueness of the essential step test and subjective orientation is evident and we may say that according to the definition under essential step test, the attempt of a crime is even broader and all embracing than “principally” rejected preparation of a crime. The mentioned remark addressed not only the tests of the threat of an individual, but also interpretations of the tests derived from the objective theory (the test of proximity). Examples of such broad interpretations can be cited from the court practice as well. In the case of *Mcquinter v. State*⁹⁶, a black man followed a white woman down a road with the intent to rape her⁹⁷. However, he refrained from fulfilling his intention before he could approach the victim. The distance between them was 10 yards. The defendant confessed his intent and since the woman observed him following her down the road, her comfort zone was breached. The court decided that it had a satisfactory basis upon which to find the defendant guilty of attempted rape (despite the fact that the court was using the “proximity” test)⁹⁸. A case of *R. v. Toothill*⁹⁹ is likewise interesting, where the knocking on the door was deemed to be as an attempt to rape. Once again, in the given case the decisive role was played by the evidences that proved the defendant’s intentions and not the proximity of an action with the abuse of protected concern. The stage of preparatory conduct was deemed an attempt in the case of *R v. Tosti*, where the perpetrators ceased to act after they examined the padlock on a closed dwelling¹⁰⁰. In the case of *Boyle and Boyle*¹⁰¹, the perpetrators were convicted for the attempted assault as they damaged the door of a house with a view to trespass into the property. In the case of *DPP v. Stonehouse*, a person insured his life for his wife’s benefit. He then faked his death, about which his wife was not aware. His plan was revealed five weeks later when his wife could receive the insurance payment. The court de-

cidated that his actions amounted to an attempt¹⁰², as “he did everything in his power... Crossed the Rubicon and burnt his boats”¹⁰³.

According to the Criminal law of Georgia, all of the abovementioned stages would have been (or should have been) considered as an attempt (of course while taking into account legislative construction of the *corpus delicti*, towards which an action would have been directed)¹⁰⁴, since in every mentioned case an action was even more distant from the execution of a crime than it is typical for the preparation, and hence the threat posed was comparatively less. For instance, in the case of *R v. Tosti*, simple examination of the padlock and looking through the peephole do not create the relevant degree of threat, which is an essential characteristic of an attempt. In the given case, we would be dealing with an attempt only after the perpetrators opened the padlock¹⁰⁵. According to the Criminal law of Georgia, the mentioned actions can be considered as attempts not because of the precise and well-formulated definition of an attempt, but rather because of the orientation of the chosen objective¹⁰⁶. In order to differentiate between preparation and attempt of a crime, we should in the first place consider the grounds for their punishability, which would more or less give the judge a possibility to apply the broader interpretation of the norm. In order to illustrate the foregoing, we should compare the legislations of England and Scotland with each other in light of the assessment of two cases: the case of *R. v. Toothill*, where the simple knocking on the door was considered as an attempt to commit rape, and the case of *H. M. Advocate v. Forbes*¹⁰⁷, where Forbes went even further with his actions than *Toothill*, namely, he broke into the victim’s house and removed her clothes when his actions were prevented. Even though English and Scottish Criminal laws define the attempt of a crime similarly (more than just a simple preparation of a crime), the Scottish Court decided that Forbes’s actions constituted mere preparation of a crime and hence released him from liability¹⁰⁸. The foregoing should be a

⁹⁵ J. Samaha, 244-245.

⁹⁶ Duff, 47.

⁹⁷ In this case, we should take into consideration the period (1953) and the State (Alabama), where the action was committed. The foregoing will once again prove the significance of the political aim in differentiating preparation and attempt of a crime from each other. In the given case, the Scottish Professor Pamela Ferguson and American scholar Sanford H. Kadish consider that “time and place of the crime committed” constitute a decisive factor for the qualification of an action as an attempt. See: Pamela R. Ferguson, “Moving from Preparation to Perpetration?: Attempted Crimes and Breach of the Peace in Scots Law”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 11, No. 2, (2014) 692; H. Kadish, Stephen J. Schulhofer and Carol S. Steiker, *Criminal Law and its Process: Cases and Materials* (New York: Aspen Publishers, 2007), 560.

⁹⁸ Duff, 47.

⁹⁹ See the following website: <http://www.lawteacher.net/criminal-law/cases/prelim-crimes-cases.php> 04.01.2015

¹⁰⁰ *Tosti*, 1997, *Crim. LR* 746; see also: Ashworth, 444.

¹⁰¹ *Boyle and Boyle* (1987) 84, *cr app r* 270; see also: Duff, 39.

¹⁰² The Court decided that the two cases that were slightly different from the abovementioned case as an attempt to illicitly obtain insurance money in a different way. See: *R v. Robinson* (1915) 2 kb 342, *Court of Appeal* and *Comer v. Bloomfield* (1970) 55 *Cr App R* 305.

¹⁰³ Duff, 39; *Diana Roe*, 260-261; *Smith and Hogan Criminal Law*, 590-595.

¹⁰⁴ It is considered that qualification of an action as preparation or attempt of a crime is highly dependent upon the legislative corpus delicti of a crime, committing of which is intended with the action. In this regard, see: T. Tsereteli (2007), 436-437.

¹⁰⁵ In a similar example that is given in the legal literature of Georgia, it is considered as preparation of crime. See: T. Tsereteli, *Preparation of Crime*, Editors T. Tsereteli and G. Tkesheliadze, *Commentary to the Criminal Code of SSR. Georgia, Part one*, (Tbilisi: Soviet Georgia, 1976), 117.

¹⁰⁶ K. Hedrikh, (2013), 101. Herewith, we should also note that in recent period, tendency of interpretation of the subjective orientation is perceptible, which is affected by the German criminal law. See: *Turava* (2013), 313. L. Kharanauli, 139.

¹⁰⁷ *Pamela R. Ferguson*, 692-693.

¹⁰⁸ However, it should also be noted that the gap caused by the impunity of preparation is filled with the tort by the Scottish criminal law – *Breach of the Peace*. See: *Ferguson*, 694.

good example to illustrate how significant are the bases for punishment of the incomplete crime in comparison to its legislative definition, namely, which theory, subjective or objective, the legal definition of attempt is based upon. It also demonstrates the possibility to assess the same action differently, in a broad or restrictive manner, while applying the same definition.

Subjectivization of an attempt and its extensive definition is also familiar to the German Criminal Law literature and its court practice, since German Criminal law does not envisage the general punishability of preparatory conduct.

Subjective and objective theories¹⁰⁹ were used interchangeably as the grounds for the punishment of incomplete crime over centuries, in the footsteps of changing socio-political circumstances. With the influence of each other's weaker parts, a new theory was created that was either extremely subjective or followed the objective theory.

The refusal to punish a wretched attempt is deemed as the main shortcoming of the objective theory¹¹⁰. As for the main flaw of the subjective theory, the foregoing provides for the punishment of the mere manifestation of intent, as well as a wretched (unreal) attempt and the preparatory conduct¹¹¹. With the influence of strong and weak aspects of each one of them, new "mixed"¹¹² and "contemporary" theories¹¹³ were created; the aim of this process was to define the attempt of a crime according to the new challenges in such a manner so as to ensure its dissociation from the preparation of crime on the one hand, and, on the other, from the *corpus delicti* of a completed crime¹¹⁴. According to the contemporary approach, attempt of a crime is assessed with relation to the notions of "proximity in time and space" and "impact upon the protected personal space of the victim"¹¹⁵, as well as the criterion of "commencing" of the *corpus delicti*¹¹⁶. Despite the abovementioned objective criteria, they are still defined subjectively, namely, not according to the posed threat and objective proximity, but rather according to the "impression"¹¹⁷ of the subject. Therefore, it is not accidental that actions discussed below were given the qualification of an attempt. For instance, knocking on the door of a dwelling while having the intent to attack the owner with a firearm was qualified as an attempted assault¹¹⁸; raising the ladder against a house in order to get inside from the open window with the intent to commit a burglary¹¹⁹; examination of the front wheel of a

vehicle in order to check if the steering wheel is movable with the intent to get hold of it immediately¹²⁰; taking the dog out of the yard in order to get inside the house with the intent to commit a burglary¹²¹, etc. Taking a weapon from the hiding place at the crime scene in order to move aside bars was also qualified as an attempted burglary¹²². Likewise, searching for the victim inside the house with the intent to kill him/her also amounts to an attempt¹²³.

All of the abovementioned actions would be assessed as preparation of the crime according to the widespread opinions in Georgian criminal law literature¹²⁴. For instance, taking a weapon from the hiding place with the intent to damage a padlock and enter the building can in no case be qualified as an attempt, since the action lacks the close proximity with the execution of the *corpus delicti* of a crime, and hence does not yet create the relevant degree of a threat that is typical to the attempt. The same thing can be said about the examination of the front wheel of the vehicle, since such conduct does not yet create a concrete threat of stealing and does not meet the new requirement of the close proximity of "time" and "space". In order to get hold of a locked car, one has to overcome many more obstacles. Broad definition of an attempt is derived from the so-called mixed subjective-objective theory¹²⁵, which mainly originated from the subjective theory. According to this approach, assessment of an action as an attempt is mostly dependent upon the impression of the subject about the beginning of the action and creation of a threat. This is exactly why the speculative and artificial criteria are used in order to differentiate between different stages¹²⁶. This was a case in the abovementioned example of dog. Whether or not did the stage of taking a dog out of the yard meets the criterion of "proximity", since the perpetrator still had quite a long distance to walk back to the house and then overcome the obstacle of getting inside the dwelling, is explained by legal experts in the following manner. If the perpetrator is willing to go back to the yard and commit a burglary immediately after he/she takes the dog out, his/her action should be qualified as an attempt. However, if the perpetrator intends to commit a burglary two days after taking the dog out of the yard, his/her action should be qualified as a preparatory conduct¹²⁷. In other words, this approach gives more significance to the "thoughts and im-

¹⁰⁹ M. Turava (2013), 313; K. Hedrikh (2013), 86-91; L. Kharanauli, 107-133.

¹¹⁰ L. Kharanauli, 109; M. Turava (2013), 313.

¹¹¹ M. Turava (2013), 313-314. L. Kharanauli, 121.

¹¹² L. Kharanauli, 121-126.

¹¹³ *Ibid.* 126-133.

¹¹⁴ *Ibid.* 138.

¹¹⁵ *Ibid.* 212-213.

¹¹⁶ *Ibid.* 210.

¹¹⁷ K. Hedrikh, (2013), 88; Johannes Wessels and Verner Boilke, 347.

¹¹⁸ *Ibid.* 352; L. Kharanauli, 212.

¹¹⁹ L. Kharanauli, 215.

¹²⁰ K. Tsikarishvili, 16.

¹²¹ L. Kharanauli, 218; Johannes Wessels and Verner Boilke, 350.

¹²² L. Kharanauli, 223.

¹²³ K. Hedrikh (2011), 28.

¹²⁴ T. Tsereteli (1961), 80-81. We should also note the Georgian court practice, under which a person, who was arrested while examining the door lock, was charged with the preparation of burglary. See N1/497-13 Ruling of Tbilisi City Court, dated by 19 March 2013. Also, case of R v. Tosti and White, where similar action was qualified as an attempt.

¹²⁵ M. Turava(2013), 316. K. Hedrikh (2011), 7 and 39.

¹²⁶ For the criticism of qualification of an action as an attempt considering the impression of the perpetrator, see: John Hasnas. "Attempt, Preparation, and Harm: The Case of the Jealous Ex-Husband." *Ohio State Journal of Criminal Law* 9 (2012)766.

¹²⁷ L. Kharanauli, 218.

pressions of a person”¹²⁸ about his/her actions and not the objectively demonstrated action itself, i.e., proximity of this action with the execution of *corpus delicti*, damage of the protected concern and the relevance of the created threat.

Mostly subjective interpretation of the attempt of a crime, provided by the German court practice and relevant literature, is in full conformity with the legislative definition of an attempt¹²⁹, where such determination is dependent upon the subjective impression of a person about the created threat. Thus, the fact that mentioned actions are qualified as an attempt may not be supported substantially, but it has a doctrinal basis¹³⁰.

In order to provide penalization for those actions that were terminated at the stage of preparation (and even at the earlier stage), countries, in which general preparation of a crime is not punishable, use more flexible and so called rubber norms as a legal mechanism, besides using the broader definition of an attempt. These norms are solicitation, conspiracy, and *delictum sui generis* provided by the private part of the relevant law. The main argument for the criminalization of these actions is named to be the protection of public good through suppression of especially dangerous actions at an early stage, which ensures peaceful and safe lifestyle of the society.

1. Solicitation – *actus reus*

According to the Anglo-American criminal law, incitement (solicitation) is manifested through unsuccessful persuasion¹³¹ by promise, intimidation, order or other means¹³² to commit a crime¹³³. Solicitation is deemed by many authors to be more dangerous than the attempt of a crime. In contradiction to the criticism, which suggests that solicitation is a very early stage and does not yet create public threat that could be relevant for the criminal law¹³⁴, some scholars state that solicitation is more dangerous as it creates the “threat of offenders’ cooperation”¹³⁵.

In case of solicitation, it is not essential for the “incitement” to be directed towards a particular person; it may be directed towards an unspecified group of persons¹³⁶. Herewith, the Model Penal Code provides for no restrictions with regard to the crime categories, therefore a person may be held responsible for the incitement to commit any crime¹³⁷. According to the legislations of some of the US States, it is not necessary for the solicitation to reach to the potential perpetrator¹³⁸. According to other States,

incitement should be perceivable (i.e., should reach to the perpetrator), which otherwise will be qualified as the attempted solicitation¹³⁹. Examples of solicitation are: “A” decided to hire “C” – a serial killer- to kill “B”. “A” sent the order through post to “C” to kill “B”. However, “C” did not receive the letter, as he was arrested beforehand for being accused of another crime. The actions of “A” would be assessed as incitement/solicitation according to the Criminal Law of the US¹⁴⁰. “A” sent a letter to a company that produces pornographic magazines with the request to get materials containing child pornography. His action was prevented until the addressee could become acquainted with the content of the letter. The English court decided that actions of “A” constituted the attempted incitement¹⁴¹ to commit a crime¹⁴². Many more practical and hypothetical examples can be cited in order to illustrate that with the punishability of such incomplete crimes, law intends to criminalize threats deriving from individuals and not from particular actions.

2. Conspiracy – *actus reus*

Another example of incomplete crime is conspiracy, which is manifested through an agreement between two or more persons to commit a crime¹⁴³. For instance, if “A” and “B” agreed upon killing “C”. Such an agreement already constitutes an incomplete punishable crime without the need for any further preparatory conduct¹⁴⁴. Half of the US States provide punishment for a mere agreement between persons, while the other half requires commission of an overt act, which may not have close proximity with the actual criminal conduct, but rather has procedural, evidentiary standard significance¹⁴⁵. According to the opponents of the concept of conspiracy, besides the fact that criminalization of conspiracy constitutes an unjust violation of an individual’s personal space, it also does not meet the test of foreseeability of the law, which gives even more power to the prosecutor to misuse the law¹⁴⁶. The argument that the definition of conspiracy is not well formulated is directed towards the word “agreement”, i.e., to what is meant by an agreement between two or more people. In order to illustrate the foregoing vagueness, Dr.

¹²⁸ K. Hedrikh (2011), 39.

¹²⁹ K. Hedrikh (2013), 88-89.

¹³⁰ Criminal Code of the Federal Republic of Germany, Article 22.

¹³¹ J. Samaha, 265

¹³² Race Relations Board v Applin [1973], 1 Q.B.815, 825.

¹³³ Singer, 298; Clarkson & Keating Criminal Law, 534-535.

¹³⁴ J. Samaha, 265.

¹³⁵ M. Molan, D. Bloy & D. Lanser, 132; Clarkson & Keating Criminal Law, 535; J. Samaha, 266.

¹³⁶ M. Molan, D. Bloy & D. Lanser, 132; J. Samaha, 266.

¹³⁷ Singer, 296

¹³⁸ J. Samaha, 267

¹³⁹ M.Molan, D. Bloy & D. Lanser, 132; Singer, 298.

¹⁴⁰ Singer, 305.

¹⁴¹ It should also be noted that the Act of 2007 on Serious Offences abolished the incomplete crime – incitement, which was replaced with assisting and encouraging. The foregoing offences also have such broad scope as their predecessor; hence, they need to be likewise criticized. See: Smith and Hogan, Criminal Law, 518-519; Also, Andrew Ashworth, 457.

¹⁴² R v GOLDMAN (2001) Crim LR 822. Also, DPP v ARMSTRONG (2000) Crim LR 379.

¹⁴³ J. Samaha, 259; Singer, 340; M. Molan, D. Bloy & D. Lanser, 142; Smith and Hogan Criminal Law, 536.

¹⁴⁴ Legislation of the US provides for the general punishability of conspiracy, as well as its special *corpus delicti*. In this regard see: Juliet R.A. Okoth, The Crime of Conspiracy in International Criminal Law (Kenya: T.M.C. Asser Press, 13 May 2014), 25. Fn. 92.

¹⁴⁵ J. Samaha, 260; Singer, 340.

¹⁴⁶ J. Samaha, 259. Singer, 340.

Benjamin Spock's case is often cited, where a pediatric physician was charged with propagating against Vietnam War. A videotape that has a recording of Dr Spock's speech shows applause and ovation of hundreds of supporters. According to the prosecutor, all these people, who declared their support by applauding, should have been punished for the conspiracy along with Benjamin¹⁴⁷. Those who support the criminalization of conspiracy, justify it with the contemporary challenges and high public interest. For instance, according to an opinion expressed in English criminal law literature, until English criminal law recognizes the test of "essential step" with regard to preparation, which would make it possible to punish preparatory conduct at an earlier stage, there will be the necessity for the concept of conspiracy to exist in the given form¹⁴⁸. Despite the fair criticism of conspiracy, it continues to have practical usage. As statistics show, it is the most frequently punishable "action"¹⁴⁹ and constitutes an especially strong legal tool that is used in order to fight terrorism, white-collar crime and drug-related crimes¹⁵⁰. Punishability of conspiracy is characterized with another incompatibility with the principle of criminal law (prohibition of double jeopardy)¹⁵¹. As the analysis of practice showed, prevention of conspiracy is typically carried out after the completion of a crime and in spite of this, the perpetrator is punished not only for the completed crime, but for conspiracy as well¹⁵², i.e., in case of conspiracy the principle of absorption is not applied (as it is done with the preparation and attempt after the completion of the crime)¹⁵³. According to an opinion expressed in legal literature, which is based upon the analysis of practice, punishment mechanism for both of these actions is of principal significance, as it represents a strong tool at the prosecutor's disposal. If the prosecutor is not able to substantiate the allegation of a completed crime, conspiracy will yet remain an option to be used as a trump card¹⁵⁴. It is worth mentioning that wretched conspiracy is also punishable¹⁵⁵. For instance, if two persons agreed upon killing "C", they will be charged with conspiracy even if "C" is already dead. We should also point out Pinkerton doctrine¹⁵⁶, according to which criminal offense

by a co-conspirator shall be likewise attributable to the other co-conspirator if the action was reasonably foreseeable¹⁵⁷. However, it should also be noted that under the US Model Penal Code, Pinkerton doctrine was prohibited, which was applied by majority of US States¹⁵⁸.

Disharmony of conspiracy with the contemporary Criminal law is also substantiated by the fact that the possibility of deliberate refusal to complete a crime does not apply to conspiracy¹⁵⁹. Persons shall be punished for the conspiracy to commit a criminal offense even if they deliberately refuse to fulfill their intentions in two minutes afterwards.

Paragraph 30 of the Criminal Code of the Federal Republic of Germany constitutes a unifying norm of solicitation and conspiracy¹⁶⁰, which is known as *Duchesne*¹⁶¹ and is considered to be an exception from preparation as envisaged by the General Part of the Code¹⁶². Unlike Anglo-American criminal code, German legislation provides that conspiracy is only punishable if the crime (towards which the action was directed) is not completed¹⁶³.

In some cases, conspiracy is more severely punishable than in others. In spite of different attempts to mitigate liability for conspiracy, it is still greatly incompatible with the principles of criminal law (foreseeability, law of an action and others). On the contrary, the preparation of crime, which is criticized by legal scholars and practitioners of the same country, requires the combination of actions having close proximity with the attempt of a crime and poses a threat not to the general, but to a specific concern, infringement of which was intended with the action.

3. Delictum sui generis

Special tort of preparation is another mechanism to punish preparatory conduct, where each stage of the perpetration of crime constitutes a completed criminal offense. Exceptional cases from punishability of preparation are explained with the legal and political objectives¹⁶⁴. Examples of this can be found in the legislations of continental European as well as common law countries. For instance, in the State of Nevada, a special tort of preparation is punishable, e.g., preparation of arson¹⁶⁵. In majority of the US States, preparation of drug manufacturing is punishable¹⁶⁶. Criminal Code of the Federal Republic

¹⁴⁷ J. Samaha, 259.

¹⁴⁸ Clarkson and Keating Criminal Law, 517.

¹⁴⁹ Singer, fn. 340.

¹⁵⁰ Juliet Okoth, 25

¹⁵¹ According to the definition provided by the US Supreme Court, in the case of *Pereira v. United State*, punishment of a person for conspiracy and the incomplete crime simultaneously is not in contradiction with the rule of *Ne bis in idem*, as their punishability have different legal and factual basis. However, analysis of practice showed that a person is held liable for both offences based upon the same evidences. See: Juliet Okoth, 37.

¹⁵² *Callanan v. United States*, 364 U.S. 587 (1961). Similar rule is applicable in England as well. See: Andrew Ashworth, 450-451.

¹⁵³ Clarkson & Keating Criminal Law, 517; Singer, 340-341. Similar rule is applicable in the French criminal law, See: Catherine Elliott, 102-103.

¹⁵⁴ Clarkson & Keating Criminal Law, 517, fn. 101. Smith & Hogan Criminal Law, 534; J. Samaha, 264.

¹⁵⁵ Diana Roe, 269; Clarkson & Keating Criminal Law, 533.

¹⁵⁶ *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946). Pinkerton doctrine does not differentiate between the liabilities of accomplice

and perpetrator. In this regard, see: Juliet Okoth, 33.

¹⁵⁷ Juliet Okoth, 33; Singer, 345-346.

¹⁵⁸ Singer, 347.

¹⁵⁹ Clarkson & Keating Criminal Law, 533; Singer, 367. Unlike English and American Case Law, Model Penal Code of the US envisages the institution of deliberate refusal to commit conspiracy – "renunciation"; – however, practical examples could not be found.

¹⁶⁰ It is worth mentioning that among countries following the Continental European law system, Spanish legislation provides for the punishability of conspiracy, just like German criminal law. In this regard, see: Juliet Okoth, 58 and 72.

¹⁶¹ Juliet Okoth, 47.

¹⁶² L. Kharanauli, 89

¹⁶³ Juliet Okoth, 77.

¹⁶⁴ L. Kharanauli, 83.

¹⁶⁵ J. Samaha, 246.

¹⁶⁶ *Ibid.*

of Germany is even more extensive in this regard, which punishes special torts of preparation such as preparation of an enterprise directed at higher treason (Section 83), preparation of illegal deprivation of liberty (Section 234a), preparation of a war of aggression (Section 80), preparation of computer fraud (Section 263a), preparatory actions to cause an explosion or radiation offence (Section 310), and so on¹⁶⁷. Some of them are punished at the stage of an attempt. It is deemed that for the preparation of a war of aggression, envisaged by Section 80 of the Criminal Code of the Federal Republic of Germany, it is necessary for the perpetrator to create the danger of an outbreak of a war, and if the action is prevented before the creation of such danger, the action should be qualified as an attempt of the preparation of a war of aggression¹⁶⁸. What may seem paradoxical in terms of law (how is it possible to qualify the earlier stage, i.e., – preparation as an attempt?), may turn out to be correct in theory. Deliberate refusal to commit a crime cannot apply to special torts of preparation, since its necessary characteristic is that the action is not completed¹⁶⁹, while the special torts are described as completed crimes under the law. It should also be noted that neither do the post-crime encouraging norms apply to the special torts of preparation, which is why they are often subjected to criticism¹⁷⁰. There are even more such special torts than mentioned in the given article but the paper does not aim to list and analyze every single one of them. The only aim of the adoption of such special torts, in contrast to the general rule of preparation, is to make the law thicker, and this is even more unfair, than it is “blamed” on general preparation of crime.

IV. Conclusion

Proper understanding of the nature of preparation is of great significance in terms of Georgian reality as well as in light of comparative criminal law. Refusal to introduce punishability at the stage of preparation of a crime is imaginative. Earlier stages of *corpus delicti* of a particular crime are subjected to broader and stricter punishments than it is done in case of general preparation of a crime. The latter requires the combination of actions in order to be qualified as preparation, unlike criminalized versions of many incomplete crimes, which introduce punishability for the mere disclosure of intent, without any further action, such as criminal conspiracy, unsuccessful incitement, extensive definition of an attempt, and so on. Refusal to criminalize general preparation of crime is more like an image that is built up by many countries in order to create an illusion of their liberal criminal laws. However, in reality, their characterization of preparation has nothing in common

with the real nature of preparation, since, as it is shown in the present article, preparation falls under the category of reality, as it creates the real possibility of execution of a crime (with the form and nature expressed in the objective world). Herewith, it has much closer proximity with the *corpus delicti* of a particular crime than it is said to be. Comparative legal analysis showed that criminal legislations of those countries, where general preparation of crime is not punishable, provide much more flexible legal mechanisms for the penalization of “actions” other than *corpus delicti*, that are carried out at much earlier stages than the preparation of crime; for instance, conspiracy, incitement, and so on. The present article also demonstrates that definitions of attempt are quite broad and vague, sometimes even broader and vaguer than the preparation is said to be. All of the abovementioned incomplete crimes are in absolute contradiction with the principles of criminal law (legality, law of the action, humanity, etc.) However, in spite of this, the rate of their usage is significantly high. For the proper understanding of preparation (deliberate creation of circumstances) and its proper practical usage, it is important to have its systemic comprehension. It is also very important to decriminalize irrelevant actions from the CCoG. They are referred to as preparations by the law, namely, unsuccessful incitement as envisaged by Article 25(7) of the CCoG, which, in itself, creates the dual nature of preparation, causes confusion and, hence, is incompatible with the principle of legality. In order to justify a broad definition of preparation, it is important to limit the scope of liability not according to the categories of crimes, but through the listing of specific *corpus delicti* in the General Part of CCoG, punishability of which, at an early stage, will be the main goal of the state and will be dictated by legal and political objectives. Thus, if due to the contemporary challenges a range of legal concerns need to be protected through criminalization of certain actions at an early stage, we should do so, but so as to ensure that a hybrid criminal law is not created, one part of which refuses to provide punishability for the preparation of crime and the other part fights a simple disclosure of intent with the strictest means.

¹⁶⁷ Hedrich (2013), 96-97; L. Kharanauli, 86-87.

¹⁶⁸ L. Kharanauli, 87.

¹⁶⁹ M. Turava (2013), 316.

¹⁷⁰ Ibid. 88.

Common Definition of Corruption (Georgian and German perspective)

I. Introduction

In recent years, corruption, as a matter of discussion and debate, is a highly topical issue. Even though historically there always existed instances (acts) that, according to the contemporary approach, could be qualified as corruption. The European community (not only Europe, but also Soviet Union) for a long time refrained from recognizing that corruption was prevalent in their countries; this was in fact considered a taboo subject. However, from the mid- 90s, Georgian government and media simultaneously spoke out about those shortcomings that were rampant in the country. Increased media coverage of scandalous cases and open discussions on each unintended and unacceptable fact formed the ground for adopting anti-corruption measures being created. Corruption became the subject of academic research; many papers, books and articles were written on this issue. Even today, in many European universities, social scientists and students express their interest in the courses, conferences or academic discussions on the issue of corruption.

A common definition, concept and notion of corruption is still a point at issue and an agreement on a unified definition is not yet reached. Corruption is viewed differently by different branches of academia and is defined according to specific cases. However, it is not arguable that corruption is a negative occurrence and in most of the cases is a matter of assessment.² Corruption creates the ground in a country for the increase of organized crime, the most alarming form of which is the connection between politics and organized crime.³ From time immemorial, each public organizational formation is familiar with such occurrence of corruption, such as bribery or influence, carried out in order to gain power and pursue personal interests. Even today, not even a single country is free of corruption. However, its occurrences and threats are different, which can be revealed through unimportant acts (petty corruption), as well as political corruptions of highest governmental institutions.⁴ Due to the topicality of this issue, it became necessary to make legislative amendments, criminalize

corruption related activities, and determine penalties. United Nations elaborated the Convention against Corruption, at the core of which lie politico-legal aspects for improving and ameliorating methods to combat corruption. The Convention reads as follows: "The States Parties to this Convention, concerned about the seriousness of problems and threats posed by corruption to the stability and security to societies, undermining the institutions and values of democracy, ethnical values and justice and jeopardizing sustainable development and the rule of law."⁵ The Parliament of Georgia ratified UN Convention against Corruption on 10 October 2008, by Resolution N337-II Criminal investigation methods and sanctions have become stricter at the international level, which, on the one hand, is caused by the influence of practice and, on the other, by the development of international law. However, in addition to all of this, it is crucial that the society is clearly aware that corruption is a typical criminal conduct. Fight against corruption and its defeat is only possible if society has a negative attitude towards this issue and this attitude is strengthened by government's practical political will to actively combat corruption.⁶

As already indicated above, there is no common definition of corruption and many aspects of the notion are discussed; yet, important and decisive must still be socio-political and criminal understandings. According to classical approach, corruption is the abuse of trust/powers by a person specially authorized by government for his/her personal/private interests. On the other hand, to be more precise, "receipt of impermissible benefit through any form of abuse of power."⁷ This is a very broad definition and each and every detail need to be considered in its various aspects, such as who is the acting party, what is meant by abuse of trust/power; what is meant by personal/private interests and, lastly, how does all of these affect general welfare and public interest. A wide range of questions and problems make it clear that the concept of corruption cannot be determined within only one particular field. Here we deal with not just a criminal offence but also sociopolitical problems, economic issues, and morals and ethics. That is why the phenomenon of corruption must be discussed and analyzed comprehensively.

II. Concept of Corruption

1. General overview

Corruption is a huge administrative, political and social disaster that may occur not only in underdeveloped and developing countries, but also in developed western-dem-

¹ Tamar Berishvili (LL.M, Cologne), Executive Director of the Institute of Administrative Sciences-TSU, PhD Student at Ivane Javakishvili Tbilisi State University.

² S.Wolf, *Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung* 2014, p.15

³ B.Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre Strafrechtliche Kontrolle*, 2002 p.10

⁴ Bannenberg/Schaupensteiner, *Korruption in Deutschland*, 2004 p. 24

⁵ United Nations Convention against Corruption, Preamble – Resolution of the Parliament of Georgia N 337- II 10.10.08.

⁶ B.Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre Strafrechtliche Kontrolle*, 2002 p. 11-13.

⁷ D. Dölling, *Handbuch der Korruptionspräventions*, 2007, p. 3.

ocratic countries such as Germany.⁸ The term corruption is derived from a Latin word *corrumpere*, which means bribery, forgery, violation and damage.⁹ The term has a very broad understanding, which includes bribery among public officials and/or abuse of power, and even violation of customs and traditions.¹⁰ We may say that the definition of corruption starts with the Latin definition of this word and ends with such expression as “corruption is what is called corruption”.¹¹

Silbermann provides the list of those words that might be connected to corruption and might be useful for defining its meaning: “Impact, enticement, receiving benefits, patronage, close relationships, interest, plan, power, intrigue, bribery, extortion, incentive, driving desire, incitement, intimidation, attempts.”¹² Even though the given list is quite comprehensive, it addresses all possible forms of public or political interests, be it legal or illegal, legitimate or illegitimate.¹³ Corruption may occur in any field and level of social relations. A classical understanding considers corruption to be abuse of power for gaining unauthorized privilege.¹⁴ According to public opinion, corruption only represents a political and public sector problem. However, this does not mean that corruption does not take place in other segments of society and does not create a problem.¹⁵ Corruption is not limited to state institutions only, but it may as well occur in different economic and social relations, in which “trust” is a core factor and this “trust” is misused.¹⁶

When determining the essence of corruption, one should consider the relation based upon trust, where ethical, moral and legal obligations also play a huge role. In state institutions, private organizations and unions, every person has certain rights and obligations and every person is empowered to act in a particular area; this way confidence is conferred upon him/her. The main objective of the government must be the prevention of abuse of power by such officials. The spirit of “good public official” should guide the government and all of its officials. The point at issue here is the perception of an obligation that every public official should act for the common good while perceiving political independence and being task-oriented. The modern government should possess this core

feature. As for corruption, it represents the antipode of everything mentioned above. In these cases, public officials, ministers, deputies, city mayors and all those persons who are obliged to act in accordance with public interests and public welfare, on the contrary, misuse the powers conferred upon them by the society for their personal interests.¹⁷ Despite the distinction between the characteristics of corruption in different fields, corrupt conduct is still included in the special class of violations, where the subject is a public servant or a person equal thereto who, unlike other persons, has special competences and obligations. Due to the variety of normatively regulated social contexts, where similar special functions and public services are institutionalized, we meet different types and manifestations of corruption.¹⁸

Jurisprudence, political science, history, sociology, social psychology, economics, philosophy, anthropology, and ethics are the fields that are familiar with the phenomenon of corruption and consider it differently as a research subject. There were many attempts to consider corruption as a feature of a particular social type or level of development. In different kinds of literature, you may come across opinions that corruption is only typical for non-industrial, non-civil society, or for the period of development and reconstruction, or on the contrary, for a state that is on the verge of collapse. However, among these, we see opinions that corruption may as well be typical for the liberal, legal, democratic state. Taking into account all these factors and various researches, we may assume that the phenomenon of corruption may not be attributed to any specific type of society or any particular form of political structure of the state, or any specific historical era.¹⁹ Based on the foregoing, while trying to formulate a unified definition of corruption, this sample definition should derive from the individual rational forethought of an acting individual to receive profit/benefit, where the decisive factor is the social political power of this particular individual, or any other characteristic/different resource, through which he/she may affect political or social activities.²⁰

If we address this issue sympathetically while defining the notion of corruption, we should construe that we are dealing with a betrayal, i.e., an entrusted person betrays the entrusting person.²¹ According to the general definition, corruption means abuse of entrusted power for private/individual gain. Transparency International shares the same definition.²² The main idea of this definition is the “power conferred upon an individual based on trust.”

⁸ H.H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsvorschung, 2009, p. 9.

⁹ S.Wolf, Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung 2014, p. 15.

¹⁰ U.von Alemann/K.Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, p. 261.

¹¹ “corruption is what is called corruption”, M. Pott, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption, 2012, p.15 (Braz 1970, S.43)

¹² Ibid, p. 261 A. Silbermann: Wann Menschen sich bestechen lassen, in: psychologie heute, Heft 9/1977 s.15-21.

¹³ U.von Alemann / K. Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, p. 262.

¹⁴ Prof. Bernd Heinrich, European Criminal Law – M. Turava, 2010, p. 414.

¹⁵ See *supra* note 6.

¹⁶ H.H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsvorschung, 2009, p. 10.

¹⁷ H.H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsvorschung, 2009, p. 9-10.

¹⁸ R.Zimmerling, in: U.v.Alemann (Hrg) Dimensionen politischer Korruption, 2005 p. 77.

¹⁹ U.von Alemann/K.Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, p.262

²⁰ Ibid.

²¹ See *supra* note 12.

²² “Corruption is the abuse of entrusted power for private gain” <http://www.transparency.org/what-is-corruption/#define> 27.08.2015

It is noteworthy that the given definition does not specify whose interests are meant by “private/individual gain”, as it is given in the article regarding bribery in the Criminal Code of Georgia. The mentioned article gives the broader definition of bribery by specifying: “... for the benefit of oneself or others”.²³ Correspondingly, it is hard to determine the detailed essence of corruption just based on this general definition. However, typically corrupt activity involves at least two parties, where one makes decisions/acts/refrains from acting which is at odds with the given trust and the other anticipates a certain action/inaction, contrary to the trust, from the first individual in exchange of a certain benefit. In most of the cases, here we mean the relationship between two parties, there is a corrupted party, a particular person or a group of persons representing the public sector, and the corrupting party, a person or a group of persons representing the private sector.²⁴ Hence, we may assume that if not for the other party, a certain act would not be qualified as corruption.²⁵ However, this approach is not ideal, since there are instances when an individual acts independently (alone), and uses his/her powers for personal gain; these instances are called “self-corruption”, i.e., auto-corruption.²⁶

There are two types of auto-corruption: direct and indirect. According to Professor Anime, an example of direct auto-corruption can be the parliament resolving financial issues regarding factions and funds; here, we may say that the members of parliament (hereinafter referred to as “MPs”) abuse their power not for their personal or others’ benefit, but for their party’s interests. Hence, we are dealing with the political self-service. In this case, the exercise of entrusted power by the MPs may very well be qualified as “legitimate corruption”.

As for indirect auto-corruption, we may say that in these cases a public official sets regulations or issues, acts for his/her private interests, which benefits him/her, colleagues or inner circle, in the following manner:

- Inappropriate/unjustified enrichment opportunities; and
- Minimizing risks that their corrupt activities will be seen as illegal activities and/or reducing risk that they will be prosecuted, and will be arrested.²⁷

An example of this can be the rule of the European Parliament on the right of the MPs to request for the reimbursement of the full cost of an expensive flight ticket, even if they booked a much cheaper ticket. We can identify elements of fraud in this example; however, since there is not a single rule or regulation prohibiting such an action,

we are dealing with legitimate fraud. As an example of indirect corruption, we may as well consider the fact that the European Parliament does not prohibit the recruitment of a family member, e.g., a spouse, as a subordinate by a certain official and the increase of the family budget through the given form of nepotism.²⁸

Definition of corruption consists of several components. It includes three significant aspects: a) specific power and the discretionary power related to it; b) abuse of the given power (violation of laws and norms, i.e., illegitimacy); and c) receipt of profit for personal gain.²⁹

a) *Entrusted power*

Here we are dealing not with violent domination, but with influence on decision-making. This kind of pressure is very casual in today’s working world. Here we imply the situation when in some institutions a particular individual (potentially corrupt) has large scope of decision-making capacity or access to information, i.e., by law or by a superior body, he/she is entrusted to make decisions or act in a certain way in a defined area, and this might be of high importance for the third party (potential corrupting party), and can be used for his/her own benefit.

b) *Abuse of power*

In different cultures and countries, the phrase “abuse of power” is perceived differently, just like the notion of a present and donation can be understood differently. While certain things are permissible legally as well as ethically within particular systems, they may be prohibited elsewhere. Difference between lobbying and corruption is a matter of assessment and it becomes more and more difficult to distinguish between them. Similarly, corrupt and illegal activities cannot be identified with each other, because based on many examples, we may assume that an act may be legal but corruptive and vice versa, illegal but non-corruptive. The same can be said about the identification of the notions “unethical” and “corruptive” with each other. Therefore, while defining the concept “abuse of power”, the core factor should be the scope of power and compliance of actions of an individual with the interests of the area, within which he/she is entitled to act. For instance, according to the Law of Georgia on the Conflict of Interests and Corruption in Public Service, “Corruption in the public services is the abuse of power and the opportunities related to that power by a public official for the purpose of obtaining property or other material benefits forbidden by the law, also transfer of this benefit to him/her or providing assistance in its obtaining and legalization.”³⁰

²³ StGB §331; see also Article 338 of the CCoG.

²⁴ M. Pott, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption, 2012, p. 18

²⁵ R. Zimmerling, in: U.v. Alemann (Hrg) Dimensionen politischer Korruption, 2005, p. 79

²⁶ H.H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsforschung, 2009, p. 11

²⁷ H.H. von Arnim, Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsforschung, 2009, p. 12

²⁸ See supra note 22

²⁹ M. Pott, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption, 2012, p. 16-17

³⁰ The Law of Georgia on the Conflict of Interests and Corruption in Public Service, Article 3 (1) <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/33550.27.08.2015>

As we can see, the law does not clearly mention “abuse of power”, but rather refers to the usage of opportunities. Hence, it is indeed possible for a person to act within the scope of his/her official capacity and still be considered a corrupted person, owing to the fact that negative assessment is only made after the incident has taken place according to a specific outcome. Therefore, we should take into account the position that phrase “abuse of power” in the definition of corruption may not include all cases of corrupt activities.

c) *Personal/Private gain*

Under this notion, we mean a direct and indirect personal gain; pecuniary/ monetary advantage such as a donation for a party; benefit for one’s own region, city or village. This notion may as well include a non-pecuniary benefit such as scholarships or internships for children and other family members. In each of the abovementioned case, the acting individual shall be held responsible for the corruptive activity and not the ones for the benefit of whom he/she had been acting (e.g., family members). In order to prevent such cases, in Germany, for example, it is prohibited or very strictly limited to give or receive presents. In such cases it might even be necessary to show the present to a supervisor and in some cases ask for permission to accept it. At the same time, special attention should be paid to the frequency and intensity of such instances. Based on the foregoing, it is very hard to draw a line between corruption and receipt of a simple present, notwithstanding many legislative regulations.

According to the Criminal Code of Georgia (hereinafter referred to as “CCoG”), acceptance of a prohibited present³¹ by a public official is punishable. The CCoG, however, does not provide for the interpretation of what a present means, though paragraph 2, Article 5 of the Law of Georgia on the Conflict of Interests and Corruption in Public Service provides as follows: “Throughout the whole year, the sum of the received presents shall not exceed 15% of the whole year’s wages. A single present received shall not exceed 5% of the total wages in a year, if these presents are not received from the same source.”

Georgian legislation also envisages the obligation to present the received gift to a supervisor and ask for permission to accept the gift. “If a public official or his/her family members ascertains after receiving the present that the value of the present exceeds the permissible value set by this law and/or for certain reasons (present received by mail or present given publicly) it was impossible to refuse the present, then she/he is obliged to declare the name of the present, estimated or exact price/quantity, indicate the relationship of the presenter, and give the forbidden present to the legal entity of public law – Financial Agency.”³²

Likewise, the Law of Georgia on Public Service provides as follows: “A civil servant may not offer or receive any profit related to his/her position in the civil service, except the cases covered by the legislation of Georgia;” and also “a civil servant shall not receive any present or service, which may affect the performance of his/her duties.”³³

2. Political corruption

In most of the cases, by corruption we primarily mean “political corruption”. According to German political scientists, politics is the making of collective, binding decisions for the common good.³⁴ Hence, political corruption is linked to common welfare directly as well as indirectly. There are set norms on how to apply and make abovementioned decisions, how these decisions are going to operate, and who are the parties or entities implementing these decisions. Based on the foregoing, political corruption can be perceived as an act directed against these norms for one’s private/personal interests³⁵ or an act that although stays within the framework of these norms, or complies with these norms, is directed towards the receipt of unreasonable benefit.³⁶ We may say that this is the case when the actions undertaken by a civil servant who has special capacities is based upon “wrong/incorrect aims” or is defined by such aims; as for these “wrong/incorrect aims”, they are often identified with the “private gain” of the civil servant. Hence, according to this approach, corruption is only in place when the civil servant uses his/her competences and prerogatives for his/her own benefit, especially financial benefit.³⁷

Corruption is called political when the acting parties are representatives of political elite. Here we do not just mean politicians in a narrow sense, but including the highest hierarchies of the bureaucratic systems. In this case, politicians are given certain tasks and are granted certain powers by the society in order for them to protect their interests; however, they do not fulfill their promises/obligations. This form of corruption is often referred to as “state capture, grand corruption or legislative corruption”.³⁸ Private corruption, on the other hand, is called to a situation when the acting individual/party is the representative of the private sector. However, on the international arena, corruption is understood to be a public sector specific problem and preventive mechanisms are also concentrated against public

Public Service, Article 5², <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/33550> 27.08.2015.

³³ Law of Georgia on Public Service, Article 73⁴ paragraph 1; Article 73⁵ paragraph 1.

³⁴ S.Wolf, *Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung* 2014, p. 16

³⁵ *Ibid.*

³⁶ B.Bannenber, *Korruption in Deutschland und ihre Strafrechtliche Kontrolle*, 2002, p. 12

³⁷ R.Zimmerling, in: U.v.Alemann (Hrg) *Dimensionen politischer Korruption*, 2005, p.78

³⁸ M. Pott, *Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption*, 2012, p.19.

³¹ Article 340 of the Criminal Code of Georgia.

³² Law of Georgia on the Conflict of Interests and Corruption in

sector corruption, more precisely against the bureaucratic corruption, i.e., corruption of civil servants.³⁹

Even though notions “grand corruption” and “legislative corruption” are often used interchangeably, there still is a difference between them. Yet they have a similarity as in both the cases acting individuals make decisions so that the corrupt activity, at a glance, might seem to be derived from their official capacities and be in conformity with the interests of common good, but in reality, the mentioned parties use the scope of their capacity for their own interests.⁴⁰

Grand corruption – Like all individuals, political elite also have certain goals and shall do anything in order to achieve these goals. Due to their positions, they can make certain economic or sociopolitical decisions or influence other people so that they can receive personal benefits.⁴¹ In addition, when politicians find it hard to act in compliance with set rules, they start to change these norms and rules. This leads to “legislative corruption”. Here we mean the actions of those politicians, who are considered as the representatives of legislative branch, i.e., they are entitled to change established rules and affect the law-making process. In this case, we once again face the problem whether or not the illegitimacy is one of the characteristics or part of corruption, since, as we can see, corruptive actions may very well be legalized; hence, the phrase “abuse of power” cannot always be used while defining the notion of corruption.⁴² For instance, there are cases when a civil servant does not act contrary to the law, acts as required, but asks for a certain benefit from the citizen in exchange for his/her services, which is legally and ethically impermissible.⁴³

As has already been mentioned many times, the general definition, i.e., broad understanding of corruption, means the abuse of entrusted power for personal/private benefit. Besides political relations, many different areas of public relations, such as economy, may as well fall under this notion. Hence, this kind of broad definition may not be usable to describe political corruption. As for the narrow understanding of political corruption, it is more concrete in its essence and has a closer linkage to the criminal understanding of the corruption, i.e., in these cases corruption is construed to be an act undertaken only by civil servants and politicians, who abuse their power and act for their own interests in order to gain (financial or non-financial) benefit.

Under the sociopolitical understanding, corruption acquires an even broader definition, i.e., it is the abuse of entrusted power for private/personal interests, while disre-

garding whether that act is penalized by the criminal code or not. Here, we mean, for example, bad faith, official patronage, and nepotism, etc.⁴⁴

As for corruption that is seen in the economic context, it is mostly based upon “exchange” relations, i.e., one party undertakes a prohibited action by violating trust conferred upon him/her for the benefit of others in exchange of which he/she receives a certain benefit from the other party;⁴⁵ in other words, prohibited action in exchange for a certain benefit.

We may distinguish main characteristics of political corruption as follows⁴⁶:

1. Misuse of political position for the benefit of a certain person or a group of persons;
2. Violation of public interest by a high-ranking official;
3. Specific “trade” and “exchange” relation (mutual benefit); and
4. Moral downfall

To summarize, we may say that broad and narrow understandings of corruption have positive as well as negative aspects. Narrow understanding describes corrupt acts thoroughly, based on specific cases, which has a positive significance for theoretical as well as practical purposes. However, there is a threat that actions that at a glance may not be perceived as corruption might be very hard to reveal or may not be revealed at all.⁴⁷ Broad understanding of corruption, on the contrary, encompasses many neighboring or radically diverging areas, which creates many hindrances and a sense of abstractness for the overall definition of its essence. This is a very good working material for academic theoretical research, however, creates more problems in practice.

3. Criminal interpretation

In German legislation, as well as in Georgian, not just the notion of corruption, but the term “corruption” itself is not used. In both countries, legislative corruption mainly relates to the offences committed by civil servants, its criminal notion, and definition must be sought in the composition of each of these crimes. It should be noted that there are passive and active corruptions. In case of passive corruption, sanctions are imposed upon the corrupt civil servant, while in case of active corruption, the person corrupting the civil servant is the one subjected to punishment.⁴⁸ The following articles of the CCoG address this issue: abuse of official authority – Article 332;

³⁹ G. Schuler, „Politikbewertung“ als Handlungsform internationaler Institutionen, 2012 p. 46.

⁴⁰ M. Pott, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption, 2012, p.20.

⁴¹ Ibid.

⁴² M. Pott, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf die Korruption, 2012, p.19-21.

⁴³ Professor Bernd Heinrich, European Criminal Law – M. Turava, 2010, p. 417.

⁴⁴ B.Bannenberg, Korruption in Deutschland und ihre Strafrechtliche Kontrolle, 2002 p.17-18

⁴⁵ Bannenberg/Schaupensteiner, Korruption in Deutschland, 2004 p. 24-25

⁴⁶ B.Bannenberg, Korruption in Deutschland und ihre Strafrechtliche Kontrolle, 2002 p.12

⁴⁷ S.Wolf, Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung 2014, p. 20

⁴⁸ Professor Bernd Heinrich, European Criminal Law – M. Turava, 2010, p. 416

exceeding official powers – Article 333; illicit participation in entrepreneurial activity – Article 337; accepting bribes and giving bribes – Articles 338-339; trade by someone's influence – Article 339¹; accepting illegal presents – Article 340; and falsification of service – Article 341. The subject of these crimes, in most of the cases, is the civil servant or a person equal thereto (an exception, for example, can be the trader by influence, who is not supposed to be a civil servant, and cannot be convicted under Article 339¹). "Under the legislation, civil servants are considered to be only those individuals who work in the civil service, i.e., undertake civil servant functions in the state or the local self-government unit... age of the subject of the malfeasance can be different. According to the Law of Georgia on Civil Service, a civil servant is deemed to be a capable citizen of Georgia, who has reached 21 years, while a local self-government servant is deemed to be a person who has reached 18 years."⁴⁹

According to the Criminal Code of Germany, crime of corruption is deemed to be: offences committed in public office- §§331-335; §108b- bribing voters; §108e- bribing delegates; §298- restricting competition through agreements in the context of public bids; and §§299-300- taking and giving bribes in commercial practice and aggravated cases of taking, and giving bribes in commercial practice.

As we can see, the criminal law attributes corruption only to the distinguished cases and in this manner reduces the penalization of actions; it does not address such cases as nepotism, patronage, backing, lobbying, etc. This gives rise to the question whether or not the criminal norms are enough to fight corruption, if the criminal law does not include all the corrupt activities.⁵⁰ Herewith, when we look for the unified definition of corruption, fit for all the fields, we should take into account that malfeasance, political corruption and economic offences legally protect different values. Even criminal offences have different spheres of protection in certain instances.⁵¹ For instance, according to the Criminal Code of Germany (§§ 331-335), sphere of protection from the offences committed in public office is the good faith of the public office or, to put it in another way, probity of a public servant and government's credibility; §108 b/e emphasizes the principle of citizens' democratic equality, as well as the faith of the society in the probity of delegates and the effective functioning of the representative system; §298 protects independent competition; and §§299-300 penalize active and passive bribery in the business/commercial practice for the purposes of healthy competition.⁵² As for the Georgian legislation, the issue is more simple; "object of the malfeasance is the constitu-

tional order envisaged by the Constitution of Georgia and the public relations emerged in the field of public law that are related to the proper functioning of the government apparatus and its particular components."⁵³ Despite the fact that every offence has its own scope of protection and that corruption should be defined in accordance with the specific characteristics of the composition of every particular crime. It is clear that in all cases emphasis is placed on inappropriate influence or the receipt of benefit through abuse of conferred authority.

Here, a question arises on whether or not it is possible to define a common/unified, legally protectable value for all corrupt activities and hence determine a unified *corpus delicti*. Opponents to this opinion raise the following question: why should the issue of penalization be dependent upon some concrete/specific facts? For instance, if a certain action constituted a public sector objective and later acquires private legal form, which indeed excludes the public capacity of the acting individual, why should these two instances be understood and assessed differently? For instance, the chief architect, who works at the LEPL of some state institution, carries out orders as a representative of public sector (from the legal perspective, he is entrusted with public functions) and takes a bribe. How is he different from the architect, who works in private sector, takes an unreasonable amount of money, and acts in accordance with the interests of the payer? Alternatively, why the case of a journalist who takes a "bribe" and prepares a report, for popular consumption, that is beneficial for the interests of the bribing party is not considered bribery?⁵⁴

In order to solve this issue, in the first place, we should identify the core of the unrighteousness in case of corruption. In other words, what is protected by the criminal law and what is punishable? Are we punishing an individual because of the distinctness of his/her capacity or are we rebuking and punishing him/her for committing a specific misconduct that is encompassed by the broad definition of corruption? Why are the positional criteria decisive, when the misconduct and the outcome, in terms of protecting legal concerns, are the same? Should the emphasis be laid upon the result of the conduct or any kind of damage? Moreover, what should be the *corpus delicti* of the criminal act? For instance, according to the Georgian legislation, abuse of the official authority, exceeding official powers or professional negligence are only deemed punishable when there is a concrete result, specifically substantial violation of the rights of a natural or legal person, or the violation of the *legitimate interests of the state or the society*.⁵⁵ Therefore, if no such violation has taken place, or the

⁴⁹ M. Lekveishvili, The Authors Team – Private Part of the Criminal Code II, 2012, p. 184; 187

⁵⁰ B.Bannenberg, Korruption in Deutschland und ihre Strafrechtliche Kontrolle, 2002 p. 13

⁵¹ B.Bannenberg, Korruption in Deutschland und ihre Strafrechtliche Kontrolle, 2002 p. 13-14

⁵² Ibid, see also: StGB § 108; §§ 298-301; §§331-335

⁵³ M. Lekveishvili, The Authors Team – Private Part of the CCoG II, 2012, p. 184

⁵⁴ B.Bannenberg, Korruption in Deutschland und ihre Strafrechtliche Kontrolle, 2002 p. 14-15

⁵⁵ CCoG, Tbilisi 2014, Articles 332; 333 and 342

violation is not substantial, the abovementioned actions of a public official cannot be punishable, i.e., cannot be qualified as corruption. The Article concerning corruption does not lay emphasis upon the result or the violation of such interests; it simply gives a detailed description of those circumstances under which the giving and taking of a bribe is punishable.⁵⁶ In most of the cases, dispositions of the crime conducted by a civil servant have one common factor, which is “the aim to gain any profit or privilege for oneself or others”⁵⁷ and even in this case this benefit cannot be considered only as pecuniary, financial benefit. Since, as we all know, corrupt activities may (but not necessarily) entail enrichment of a public official and, on the contrary, financial increase in the civil service cannot always be considered as corruption.⁵⁸

If we rely upon the broad definition of corruption, we should deem crimes such as bribing voters (Article 164¹ of the CCoG) and crimes against procedure for evidence collection (Articles 368-370; 372 of the CCoG) as corrupt activities. In this case, subject of the crime, according to the CCoG, is not the civil servant or a person equal thereto. However, if we follow the broader definition of corruption, any action in private or public sector that is related to the abuse of official authority for personal gain may very easily be considered as corruption and deemed as corrupt activities.

4. Morals and ethics

Sociology, social psychology or even ethnology/anthropology, do not limit the understanding of corruption only to political violations or violations of codified norms, but rather see it as a general form of social conduct, whereas such activity indicates the separation of anticipated codified actions based on the expectations and assessments of individual and social environment.⁵⁹ In this view, corruption is the destruction of social norms or facts directed against the anticipations in a certain social community.⁶⁰

It can be said that corrupt conduct is the deviation from “normal” expectation; in other words, we are dealing with the “deviant/deficient” behavior. According to sociologists, social integration is always related to its opposite side. According to their opinion, integration of asocial, immoral and

abnormal actions is of functional importance for the society. These deviations infringe the sacred as well as banal beliefs, but at the same time strengthen not only these beliefs but the unity of society as well so that they can better observe and maintain the latter.⁶¹

Alphons Silbermann’s radical opinion, if we may put it this way, states as follows:

“Every person is immoral. We can see that corruption, as a social conduct, under no circumstances stands separated from us, as an isolated phenomenon, but rather its result, that is the corruptness of individuals and groups of individuals, is derived from and permissible/acceptable by the elements of sociocultural environment, where political, social, economic, administrative, cultural, religious, and educational values and norms, as well as traditional factors, play a major role.”⁶²

According to this opinion, potentially we are all corrupt due to the fact that in everyday life every person has his/her own understanding of what is moral and follows and protects these rules in his/her own way.⁶³ This morality as well as immorality is changeable; hence, norms change as well although, corruption, moral and “deviant/deficient” behavior cannot be identified with each other.

Even by making corruption cases into public scandals and imposing sanctions upon relevant parties, the latter do not yet perceive and understand the negative nature of the issue. On the contrary, their conduct is often explained with legitimate actions, friendly support, courteous relations, etc. Hence, corruption is not demonstrated as the deviated, defected and immoral fact, but rather as the tolerable conduct.⁶⁴ In the perception of acting parties, they do not engage in immoral and unethical behavior, but rather provide assistance to other people. However, this argument cannot be used in all corruption cases. For instance, in case of auto-corruption it may not be said that the perpetrator acts for the benefit of others, because in this case, his/her personal/private interests are at the foreground.

While discussing the content of corruption, we identify that there is a separation and contradiction between public and private sector norms and interests. Correspondingly, in classic political teachings we may often come across the indication that in case of corruption, public and private interest/welfare is ignored and impaired. The notion of corruption is seen to be very comprehensive and is perceived to mean the collapse of state institutions and destruction of public and political order. And the precondition for this is considered to be “privatization of the essence of moral”,

⁵⁶ CCoG Tbilisi 2014, Article 338: 1. “Accepting bribes by an officer or a person equal thereto, in the form of money, securities, property or any other material benefit, for performing or not performing this or that action in favor of the bribe-giver that the officer or the person equal thereto must have or could have performed by using his/her official position, or his/her official authority could have promoted such action, as well as exercising official patronage by him/her...”

⁵⁷ CCoG, Tbilisi 2014, Articles: 332; 338; 339; 339¹; 340; 341

⁵⁸ R.Zimmerling, in: U.v.Alemann (Hrg) Dimensionen politischer Korruption, 2005, p. 80

⁵⁹ U.von Alemann/K.Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, p.267

⁶⁰ Bilitz/Lück, Sozialpsychologische Thesen zur Korruption, in: Psychologie heute, Heft 9/1977, pp. 19-21 see. U. von Alemann/K.Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, p. 268

⁶¹ U.von Alemann/K.Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, p. 268

⁶² A.Silbermann, Wenn Menschen sich bestechen lassen, in Psychologie heute, Heft 9/1977 pp, 15-21

ob. U.von Alemann/K.Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, p. 268

⁶³ See supra note 49

⁶⁴ U.von Alemann/K.Kleinfeld, Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht, 1992, p. 269

“inequality of wealth, power and status”, “separation into factions” and also instrumentalization of state institutions as the “leverage for groups and classes”.⁶⁵ Correspondingly, those actions that are directed against interests of the society and public order should be deemed as immoral and unethical.

Based on the foregoing, we may assume that corruption is a negative, immoral phenomenon for the society, which is manifested through the public disappointment in state authorities and civil servants. And this faith is partly dependent upon the anticipation of the society that civil servants and persons equal thereto shall act in accordance with the legal and social norms and, in the first place, within the scope of morals and ethics. However, as already mentioned, morals and ethics are individual issues, and in this concrete situation, it is hard to analyze corruption only in this context. A simple example can be the following: of the two people walking on the street, only one helps a beggar while the other negligently walks by because it is not his problem and that every person should take care of themselves. Both of the individuals are right in their own way and no one could possibly argue with them since they both understand morals and ethics differently. Moral and ethical issues can likewise be analyzed in the historical, traditional, and cultural contexts. For instance, let us remember the developments during World War II. Jews were treated brutally by the government officials, which was totally permissible and acceptable in the given political and government context. Yet, in response to this, Oskar Schindler saved thousands of Jews from death through making corrupt deals with the ruling parties, which means that his actions could be considered a crime by the governing authority. However, nowadays, when we look at those developments, we can see that Schindler had earned hero status, while the brutal soldiers of those days were brought before the Nuremberg tribunal. Therefore, when we speak about morals and ethics, we should always take into account the political structure and the form of governance of the state, established traditions and many other factors that contribute to the formulation of a person’s consciousness and morality.

III. Negative Impact of Corruption

As already mentioned corruption, in the first place, damages and undermines public faith in state authority, and induces distrust towards public officials. As acts of corruption increase, the attitude of society towards corruption that it is normal becomes stronger, especially when the state or the law enforcement agencies do not react to corruption. Accordingly, a sense of impunity is created

and the approach of the society towards corruption, as to the features of state functioning, becomes conciliatory.

However, a broad scope of corruption is not only prejudicial because it destroys or lowers the level of public faith in politics and bureaucracy, but also because economic factors stand in the foreground. Earlier, there even were assumptions that corruption was beneficial, but nowadays this opinion is rejected and it is explicitly recognized that corruption leads to unrest and chaos in a state. Corrupt civil servants work slower, which makes it even more “necessary” to offer him/her money or some other kind of benefit.⁶⁶ Accordingly, government apparatus becomes unproductive and all of this makes its mark on the economic system. In a corruptive political or economic environment, implementation of infrastructural projects, investments and other economic issues are quite problematic. For instance, when an investor deals with corruption in a state institution, obviously his/her desire for further cooperation disappears, or, on the contrary, he/she may become a part of this game and as a result, a certain criminal network is naturally created. In addition to this, reputation of the country in the investors’ circle as well as in the international arena is damaged, which once again weakens the economic system and slows down its further development.

Herewith, it is worth mentioning that in case of high-ranking officials, it is not quite easy to prove the causal relationship between a concrete act of an official and the financial damage suffered. Besides, most of the corrupt acts do not entail any kind of financial damage, or at least not the direct ones. For instance, the cases of issuing administrative permits, refraining from any administrative conduct (such as control), or concluding an agreement caused by the breach of competition rules do not always entail financially measurable negative consequences. In these cases, the consequence might be the loss of faith in civil servants or any other indirect negative outcome.⁶⁷

IV. Conclusion

Based on all the foregoing, we may say that it is quite hard to determine the notion of corruption that covers a unified and acceptable understanding of all the areas. Here we deal with a phenomenon that does not belong to any specific academic field. Sociology, political science, economics, criminal law, and psychology, all these fields have different approaches and interpretations of the essence of corruption. However, there clearly is a similarity between the approaches of these diverse fields. Some of the similarities are as follows: first, the perpetrator, who, unlike others, is entitled to a certain authority (whether he/she is the representative of public or private sector); second, the attitude of the perpetrator towards the conduct,

⁶⁵ P.J. Dobel, *The Corruption of a State*, in: *American Political Science Review* 72 (1978), pp. 958-978
see. U.von Alemann/K.Kleinfeld, *Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht*, 1992, p. 269

⁶⁶ J.G. Lambsdorff, in: U.v.Alemann (Hrg) *Dimensionen politischer Korruption*, 2005, p. 233

⁶⁷ PwC, *Kriminalität im Öffentlichen Sektor 2010*, p. 20.

i.e., misuse of power; next, the abuse of official authority for the benefit of the perpetrator or others; and lastly, it is not arguable that the benefit is not always meant to be a financial one. Another common characteristic is that corrupt conduct is related to public interest directly as well as indirectly. Direct linkage is present when an act is directed against public interest, and indirect linkage is present when the corrupt act does not directly affect public interest and it can only be condemned in terms of morals and ethics.

A unified approach exists with regard to corruption that it is a negative, abnormal and immoral occurrence, which needs to be condemned and penalized. Approach towards corruption differs according to the kind and form of corruption in certain relations; if a corrupt act falls within the scope of criminal law, then the punishment is also imposed according to the CCoG; if the conduct is only typical to economic relations, then the case shall be dealt according to the internal regulations of the relevant organization and so on. As for the kind of the damage that corruption may cause, this is likewise not very easy to determine. Corruption in the first place undermines public faith in the governing authority, sense of justice, and objectivity. Hindering healthy competition may as well be named as one of the consequences of corruption, while, on the other hand, financial damage may as well be one of the outcomes, for instance economic deterioration.

Corruption invokes strong moral condemnation towards corrupt acts such as politics, which result in the dysfunction and destruction of governance.⁶⁸

Due to the uncertainty about the definition of corruption, it should be perceived as a universal metaphor manifested through unlawful and immoral conducts. This once again proves that interpretation of corruption is dependent upon different eras or upon a particular period, a specific place and individuals.⁶⁹

Overall, we may say that the most acceptable definition of corruption is the simple and broad interpretation supported by Transparency International. According to this interpretation, corruption is the abuse of entrusted authority for personal gain, where all forms and areas of corruption are included. However, the reasonableness of considering "abuse" as a part of the definition of corruption is a controversial issue. It would be more adequate to emphasize the misuse of authority instead. Since, every person's action is related to his/her position and is derived from his/her official authority, it should serve a specific goal (whether the person is a representative of public or private sector); deviation from this goal with the aim to gain personal benefit (and not the action contradictory to the aim in all cases) should be deemed as corruption. Hence, determination of the exact definition of corruption still constitutes

one of the significant objectives. Since the most active and widespread form of corruption is indeed political corruption, which causes damage to the state and its functional capacity, as well as democracy and fairness, there is an active cooperation in the international arena to fight this vicious and negative phenomenon in practice as well as in theory.

⁶⁸ U. von Alemann/K. Kleinfeld, *Begriff und Bedeutung der politischen Korruption aus politikwissenschaftlicher Sicht*, 1992, p. 270.

⁶⁹ F. Schön, *Wie ein Hand die andere wäscht*, 2011 p. 15.

Few Fundamental Issues Concerning the Improvement of Legislation Defining Liability for Crimes against Human Life

I. Introduction

The necessity to improve certain legal regulations in the Republic of Armenia's (hereinafter "RA") criminal legislation which define liability for crimes against human life is substantiated in this article. In this context, the structure of the given crimes, according to the RA Criminal Code in force, as well as the general description of their separate types and the characteristics of the legal criminal qualification, are presented. Moreover, the necessity to clarify and concretize certain legal regulations is substantiated in the article. The conclusion summarizes the main proposals for the improvement of the RA criminal legislation in force.

II. The Structure of the Crimes against Human Life According to the RA Criminal Code

The objects of crime are the relevant social relations, which originate and evolve with respect to certain social values, an individual's, and social and state interests. The subjects (participants) of the given relations are, eventually, always people. Therefore, it can be concluded that every crime eventually violates the interests of a particular person or a group of people, inflicts a significant damage or creates a threat of such damage.

Meanwhile, there exists a group of criminal acts where man is the primary and main object of publicly dangerous encroachment. The latter are prescribed in the seventh section titled "Crimes against Human Being" of the RA Criminal Code in force. The generic objects of those crimes are the social relations, which aim at protecting human normal life activities. In addition, the section includes certain types of objects given in the law according to which the crimes discussed in the RA Criminal Code are divided into the following groups:

- 1) crimes against life and health (Chapter 16); 2) crimes against human freedom, honor and dignity (Chapter 17);
- 3) crimes against sexual immunity and sexual freedom (Chapter 18);

- 4) crimes against constitutional rights and freedoms of the human being and citizens. (Chapter 19); and
- 5) crimes against the interests of family and child (Chapter 20).

In the framework of this article, as already mentioned, reference will be made to the analysis of legal regulations defining liability for some criminal acts (crimes against life) included in the first one of the above-mentioned groups.

III. Crimes against Human Life and Health

According to the norms of the Special Part of the RA Criminal Code, crimes against human life and health are the crimes, which aim at depriving one's life or inflicting damage to one's health. These crimes, as already mentioned, are prescribed in the Chapter 16 of the RA Criminal Code.

The types of objects of the given crimes are the most significant values such as human life and health. The latter are divided into two groups: 1) crimes against human life; and 2) crimes against health. However, based on the peculiarities of the direct object, it is more reasonable to divide crimes against human life and health into three groups

- 1) crimes endangering life;
- 2) crimes endangering health; and
- 3) crimes that endanger both life and health.

This classification is more appropriate as in this case a more vivid and clear demarcation is made between the direct objects of crimes against human life and health. Therefore, in terms of improving the RA Criminal Code in force, it is more appropriate to prescribe the crimes included in the given group in the following independent chapters corresponding to the above-mentioned classification of the crimes.

1. Crimes against human life

In all the developed countries of the world, every person is subject to legal protection regardless of gender, age, physical and moral peculiarities, health condition and so on. The entire civilized humanity is guided by this principle. Moreover, at present even the one sentenced to death (in those states where this penalty still exists) has the right to some extent of protection for his/her life. Thus, no one has the right to deprive him/her of his/her life without having special training (other than the executioner) and not even the executioner in cases, which are not specifically foreseen by law on the execution of death penalty.²

Since human life is the most important gift given from the above, it has a fundamental social value. The consequences of crimes against human life are not subject to restoration or compensation. Human life is invaluable, and

¹ Professor at the Chair of Criminal Law of Yerevan State University; Head of the Department for Development of Methods on Organization and Improvement of Investigative Activities of Special Investigative Service of the Republic of Armenia; Doctor of Law.

² See also: Антонян Ю.М. Психология убийства. (The Psychology of Murder) М.: Юристъ, 1997, p. 38.

its loss is irreparable. This conditions the high public danger of crimes against human life.

Whereas, no one knows how many people have been killed since Cain's times and no one will be able to know. Moreover, it is impossible to say how many people have been victims of murder in the current year in our country. Since ancient times, murder has been the gravest crime against a person, in the fight against which importance is given especially to the measures of criminal legal intervention.

In the RA Criminal Code, the legislature has listed the following four groups of crimes against human life: 1) murder; 2) causing death by negligence; 3) causing suicide; and 4) abetment of suicide. In addition, different types of murder are prescribed in the Code: 1) murder without aggravating or mitigating circumstances, so called "simple murder" (the 1st paragraph of Article 104); 2) murder with aggravating circumstances (the 2nd paragraph of Article 104); and 3) murder with mitigating circumstances (Article 105: murder in the state of strong temporary insanity; Article 106: murder of a newly born child by the mother; Article 107: murder of a criminal through the use of excessive measures when capturing the criminal; and Article 108: murder by exceeding necessary defense).

All the above-mentioned cases of murder are distinguished by the subjectivity of the acts. In this respect, in the 1970s, Professor M.D. Shargorodsky had rightly pointed out that it is even wrong from linguistic point of view to use expressions such as "negligent killer" or "negligent arson". According to the prominent criminologist, to kill or arson is possible only intentionally, and with negligence one can cause death or fire³. We definitely agree with the opinion of the mentioned prominent criminologist.

It should also be mentioned that when defining the object of a crime against human life, it is necessary to pay attention especially to the fact that only a live person may be deprived of life and not a dead person. From criminal legal point of view, life exists during the period when a person is born and is not yet dead, that is he/she continues living. Otherwise, we may only speak either about encroachment of human life (attempt of crime) or about other crime. However, unlike criminal legal perception, in medicine the beginning of life is connected not with the fact that a person is born but with the fact of fertilization.

Stemming from the above-mentioned, it is important to determine the beginning and the end of life clearly in terms of revealing the true meaning and content of crimes against human life. In legal literature, as a rule, there is an opinion according to which the start of the process of physiological childbirth must be considered as the beginning of life. Nevertheless, this position needs to be clarified. Childbirth as a certain physiological process is composed of three

subsequent stages. The first one is accompanied by birth pangs, which occur as a result of the reduction of womb muscles. The second stage starts when the fetus starts coming out of the womb, and ends by main birth when the child starts breathing on its own and utters the first cry. As to the third stage of childbirth, the essence of which is the separation of placenta, it has no fundamental importance from criminal legal point of view.

Therefore, according to the prevailing approach in the legal literature, from criminal legal point of view, the start of birth pangs must be understood as the beginning of life. Birth pangs cannot be considered as the equivalent of the beginning of the child's independent existence out of the womb (separation from the mother's womb, the start of independent breathing, etc.).⁴ Otherwise, it cannot be qualified as murder. For example, when the child coming out of the mother's womb is deprived of life by a blow to its head, which is difficult to be accepted. However, in order to solve the conflict concerning this issue, we think that legislation must clearly define the start of human life from criminal legal point of view. The Criminal Code must regulate, possibly in detail, the controversial issues and events; all that is possible to regulate by law, must be regulated.

In criminal law, the most controversial is the issue of determining the last moment of life. Nowadays, according to the majority of criminalists, the end of life is the moment of occurrence of biological death, which occurs due to the termination of heart function followed by the process of irreversible decay of brain cells. This is conditioned by the fact that modern medicine has reached such a level of development where heart "reanimation" is possible even for some hours after the termination of its function. Moreover, nowadays heart transplant is also possible. However, if the brain does not function for 5-7 minutes, reanimation of a person simply becomes impossible.

In terms of completely solving this controversial issue, the adoption of the Law on Transplantation of Organs and (or) Tissues to Man by the RA National Assembly is extremely important. According to Article 8 of this law, "Taking organs and (or) tissues from the corpse for transplantation is possible only after the confirmation of the brain death of the person." According to Article 1 of the same law, brain death is the complete and irreversible termination of brain activity, which is recorded during the functioning of heart and artificial ventilation of lungs. Brain death is, in fact, equal to human death.

Thus, the object of the given crimes is the human life as a way of bio-social existence, which starts from the first moment of childbirth process and ends with biological death with irreversible decay of brain cells.

The objective side of crimes against life is described by action as well as by inaction. The action as a form of active

³ See Курс советского уголовного права. Часть Особенная. (Course of Soviet Criminal Law. Special Part) Т. 3. Л., 1973, p. 478.

⁴ See also: Уголовное право. Особенная часть (Criminal Law. General Part.)/ Под ред. А.И. Папога. М., 1996, p. 15.

behavior may be expressed by physical (inflicting injuries, hitting, suffocating, etc.) as well as mental (e.g., suddenly scaring someone previously known to suffer from cardiac disease) influence as a result of which a person dies. Criminal liability for causing death by inaction arises in certain cases when the subject does not act but he/she can and he/she should.

Moreover, the given criminal acts are classified under the crimes with material *corpus delicti*. That is, the occurrence of the relevant consequence (the death of the victim) is required in order to qualify the act as a completed crime. Therefore, the necessary condition for qualifying the given crimes is also the existence of a causal link between the act of a criminal and the publicly dangerous consequence.

From the subjective point of view, crimes against life may be manifested by intentional guilt as well as by negligence. The motives and aims of the given crimes, however, have importance for criminal legal qualification only in those cases when they are specifically prescribed in the disposition of a concrete norm of the RA Criminal Code. At the same time, the abovementioned characteristics of the subjective side of a crime are of great importance for the criminal in order to assign a fair punishment even in those cases when they are not prescribed directly in the relevant article.

The subject of the given crimes is every sane natural person who has reached 14 years of age except for the acts prescribed by Article 109 (Causing Death by Negligence), 110 (Causing Somebody to Commit a Suicide) and 111 (Abetment of Suicide) in case of which the person who committed a crime is subject to criminal liability after reaching 16 years of age. In this respect, however, it should be mentioned that in the criminal legislations of the most countries a general age of criminal liability is defined.

2. Murder without aggravating and mitigating circumstances

The definition of murder is given in the RA Criminal code. In particular, according to the first paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code, murder is illegal willful deprivation of one's life. It follows from this definition that, according to criminal law, neither suicide nor its attempt, intentional deprivation of one's life within law, and causing death by negligence can be considered as murder.

As to suicide or its attempt, they are not themselves punishable acts. Therefore, contributing to a suicide cannot be considered as punishable, as well as the cases of encouraging it when there are no characteristics of *corpus delicti* of causing suicide or abetment of suicide. According to the RA Criminal Code, those acts can be condemned from moral viewpoint.

The act prescribed by the first paragraph of Article 104 is called simple murder in criminal law, as there are neither aggravating circumstances prescribed by the second

paragraph of the same article nor mitigating circumstances prescribed by Articles 105-108. Therefore, the act may be qualified by the first paragraph of Article 104 only in case when there are no aggravating or mitigating circumstances concerning the murder prescribed in the special norms. Thus, the relation of all the circumstances is the most important prerequisite in order to demarcate the separate types of a criminal act and to qualify each of them rightly.

At the same time, the norm prescribed by the first paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code is common for other specific norms that foresee liability for murder. It includes all the possible types of murder with the exception of those, which are separately regulated. In other words, although the concept of this crime is given in the first paragraph of Article 104, it is impossible to underline the borders of a simple crime fully without analyzing its aggravating and mitigating circumstances. That is, in order to qualify the act as a simple murder, it is necessary to apply the exclusion of other types of murders.

The scope of possible cases of murder prescribed by the first paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code is quite large. In legal practice, however, simple murder is qualified as those acts, which are committed during a fight or in case of jealousy or revenge. The cases, subject to the first paragraph of the above-mentioned article, with other circumstances and other motives are extremely rare.

A. A fight is a physical clash between people, which takes place with the mutual participation of the parties for the resolution of a dispute or conflict. Its aim is in fact to beat the opponent rather than kill him/her. Therefore, when the fight turns into a murder, it is more appropriate to use the expressions of murder "during a fight" or "on the ground of contention". Moreover, the latter is qualified under the first paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code. However, the importance of those circumstances when qualifying the act as simple murder must not be overestimated. A fight or contention taken by themselves cannot be considered as a ground for qualifying a murder under the first paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code. In case of murder during a fight or on the ground of contention, first of all the real motives of the act must be revealed which may be of certain importance when correctly qualifying the act. In particular, a comprehensive, objective and complete analysis of all the details concerning the case is needed, as well as revelation of the real motives and other circumstances; only the confirmation of the existence of a fight or contention is not sufficient.

A fight, for instance, may be the result of the provocative (illegal or immoral) acts of the victim which result in the committal of a murder in a state of strong temporary insanity (psychological affect). In this case, the act must be qualified not under the first paragraph of Article 104 but under Article 105 of the RA Criminal Code. Moreover, it is

possible that one party during the fight attacks (future victim) whereas the other (the one who caused the damage) defends himself/herself. In such a case, when qualifying the act, the peculiarities of the institution of necessary defense must also be considered. In particular, if it turns out that there has been excessive use of force in defense, the act must be qualified under Article 108 of the RA Criminal Code.

B. Murder on the ground of jealousy is also a relatively common type of simple murder. Jealousy, in general, is a multifaceted, complex and, in some cases, even incomprehensible feeling. As mistrust, doubt against fidelity, love and devotion, jealousy may be manifested not only against husband or partner, but also against parents, children and other beloved persons. In judicial practice, there also have been murders on the ground of the so called "child jealousy" when a sister or a brother are deprived of life as the parents treated them better than their sister or brother (the killer).

Moreover, jealousy as well as revenge and other similar motives, which are not prescribed by the second paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code as aggravating circumstances of murder, cannot have independent, decisive significance from criminal legal point of view. That is, it is not always that murders on the grounds of jealousy or revenge are qualified under the first paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code. In particular, the study of judicial practice showed that sometimes jealousy might be combined with hooliganism. In such cases, of course, the act must unconditionally be qualified under the 10th sub-paragraph of the second paragraph of Article 104 and not under the 1st paragraph of the same article. Meanwhile, it is not right to qualify the murder with hooliganism, which took place exclusively on the ground of jealousy and did not show any obvious public disrespect by the criminal. Thus, when qualifying such crimes one must be guided by the principle of legally assessing the whole chain of the acts of the criminal and not separate parts of the chain.

Thus, for instance, murder on the ground of jealousy may take place also in a state of strong temporary insanity resulting from the victim's immoral behavior. In such cases, the act must be qualified under Article 105 of the RA Criminal Code, that is, a murder with mitigating circumstances.

C. A murder on the ground of revenge is another type of a simple murder. The essence of revenge is the psychological need to "compensate" the one who did evil. The murder on the ground of such a motive encompasses elements of lynching as the criminal in order to defend his/her interests, instead of applying to the relevant bodies, himself/herself punishes the offender, who caused the pain.

As a motive for murder, revenge may occur as a consequence of the victim's legal and illegal as well as morally unacceptable and condemnable acts. From criminal legal

point of view, the motive of revenge is assessed differently based on the legal and illegal acts. In particular, the murder of a person or his/her relative on the ground of revenge against the service and public duty of the person (the intended victim) is a murder with aggravating circumstances, which is qualified under the second sub-paragraph of the second paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code. A terrorist act, the murder of a state, political or social figure on the ground of revenge with the purpose of terminating the said person's activities, is qualified under Article 305.

D. In criminal legal theory, there also exist types of simple murder such as murders with the consent of the victim, murder for the sake of psychological gratification, and ritual murders, which are very rare in the judicial practice.

The deprivation of life of a victim with his/her consent or upon his/her request, according to the RA Criminal Code in force, cannot be considered as a circumstance excluding criminality, nor is it a basis for exemption from criminal liability. This crime is assessed by the law as a murder without aggravating and mitigating circumstances. This includes the following important types:

- 1) so called "murder with an arrangement"- when two people decide to die but one of them deprives the other person of life, but refrains from committing suicide; and
- 2) the victim's murder with his/her consent out of compassion, the basis of which can be, for example, the incurable disease of the victim accompanied by unbearable sufferings; fatal injury which may lead to the inevitable and painful death of the victim, etc.

When discussing the given type of simple murder, it is impossible not to speak about problems concerning euthanasia. The essence of euthanasia is that a person (including a doctor) at the request of the incurably sick person deprives him/her of life in order to relieve the latter from severe suffering. There exist active and passive types of euthanasia. The first one applies to an act (for example, lethal injection) which accelerates the death of a person. The essence of the second one is when no measures are taken to prolong the sick person's life.

In such a case, too, there exist *corpora delicti* of murder, as no person is competent to give a positive or negative solution concerning the termination of the life of an incurably sick person. Moreover, in cases when it is done by a doctor, the latter contradicts himself/herself as he/she must take all possible measures in order to cure the sick person to prolong his/her life and not to terminate it. In addition, it is not excluded that even doctors with high qualification may make mistakes with respect to the diagnosis of the incurability of the sickness

Moreover, even if deprivation of life in case of incurable sickness is permitted (even with most humane motives), in practice, it is very difficult and often almost impossible

to determine the limit beyond which a person will inevitably die due to sickness. Besides, if desired, the criminal may easily change that limit to his/her advantage, thus contributing to the increase of the number of common errors already existing in the judicial practice concerning the cases of murders. Nevertheless, there has been given no final and complete answer to the question of what is good: a life full of permanent sufferings and anguish, or painless death. With respect to the issue of euthanasia, the following questions still remain open: whether the right to life must be regarded as an obligation of a human being to live, and whether his/her voluntary waiver of that right is possible.

Probably the aforementioned facts made the world perform numerous experiments before legalizing euthanasia. The development of the latter led to the fact that in the beginning of 1990s, laws were adopted in more than forty countries which allow capable individuals to make so called "wills on life" which authorize and instruct doctors to refuse to apply artificial life support systems if those individuals are going to suffer from severe, incurable diseases. The above-mentioned laws, in fact, legalized passive euthanasia.

Later (10 April 2001), the Dutch Parliament with an absolute majority of votes adopted a law authorizing both active and passive euthanasia, which prescribes strict requirements concerning its execution.

However, according to Article 23 of the RA Law on Medical Care and Services to the Population, euthanasia, the acceleration of death by an act or by means at the request of the sick person, is prohibited in the Republic of Armenia. People, who consciously lead the sick person to euthanasia or execute it, bear liability according to the procedure prescribed by the RA legislation.

At the same time, it is difficult to agree to consider it as a simple murder (particularly grave crime). The point is, in this case there exist objective and subjective circumstances (the incurable sickness of the victim, his/her physical and mental suffering and anguish, the criminal's goal to terminate them, the motive of compassion, etc.) which significantly reduce the public dangerousness and serve as bases for foreseeing a milder liability for that act. Thus, in the RA Criminal Code, euthanasia, that is, the acceleration of the incurably sick person's death at his/her request and with the purpose of relieving him/her from suffering, must be categorized as a murder with mitigating circumstances.

The murders which are conditioned by a desire to kill may be considered as crimes without any aggravating and mitigating circumstances in case they are not serial or do not contain other aggravating circumstances (for example, a particular cruelty).

However, professional studies have shown that such crimes, as a rule, are serial and occur mostly with particular cruelty. For example, the data provided by Professor

Yu.M. Antonyan, who studied the peculiarities describing the personalities of 120 such killers, reveals that each of them killed from one to fifty-three people.⁵

Ritual murders (offering sacrifices) have been widely popular across the world in recent years, especially with the emergence of sects with satanic orientation. Fortunately, such cases have not been recorded in Armenia yet.

3. Murder with aggravating circumstances

The most dangerous types of murders are those committed with aggravating circumstances. They are enumerated in an exhaustive manner in the second paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code, according to which the most dangerous are:

- 1) murder of two or more persons;
- 2) murder of a person or of close relative of a person based on his/her service and public duty;
- 3) murder combined with kidnapping or hostage-taking;
- 4) murder of a pregnant woman;
- 5) murder with particular cruelty;
- 6) murder committed in a way dangerous for the life of many people;
- 7) murder by a group of people or by an organized group;
- 8) murder out of mercenary motives and combined with extortion and banditry;
- 9) murder combined with terrorism;
- 10) murder out of hooliganism;
- 11) murder committed during a riot by the participant;
- 12) murder to conceal another crime or to facilitate the committal of the latter;
- 13) murder combined with rape or violent sexual actions;
- 14) murder out of national, race or religious hatred or fanaticism; and
- 15) murder for the purpose of utilization of the parts of the body or tissues of the victim.

It should be mentioned that if in the same murder there exist two or more aggravating circumstances (for example, murder of a pregnant woman, with particular cruelty, out of mercenary motives, etc.) prescribed by the 2nd paragraph of the above mentioned article, the act must be qualified as one crime under all relevant paragraphs. In this case, naturally, one punishment is assigned and not a separate punishment for each one, but by taking into account the existence of several aggravating circumstances. At the same time, if two or more murders are committed, which are accompanied by aggravating circumstances prescribed by the same or different sub-paragraphs of the second paragraph of Article 104, the acts must be qualified in combination of crime.

⁵ For further information see: Атоян Ю.М. Убийства ради убийства. (Murder for the Sake of Murder) М., 1998, pp. 129-142.

In this respect, it is difficult to agree with the legal position of the RA Cassation Court, according to which "... according to the 1st sub-paragraph of the 2nd paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code, the cases of murder of two and more persons with joint intention from subjective point of view as well as of two or more persons without any common intention from subjective point of view must be treated as a murder of two or more persons (in other words, the case of a new murder by a person who previously has committed another murder), if the person has not been convicted for either of them."⁶

The point is that this type of murder, in fact, is an ongoing crime, which consists of more than one identical act. Even if taken separately, they encompass independent features of *corpus delicti*, but are included in the single intention of the subject and have a common goal; therefore, taken together, they are considered as one (unique complex) crime.

The solution for this controversial issue, however, is connected with the rejection of the concept of "ongoing crime" and the above-mentioned aggravating circumstance in the RA Criminal Code. In other words, the realization of this idea will result in treating all similar acts in combination of the relevant crimes. Moreover, this approach is fully acceptable also to the majority of those who practice law. The point is that in practice it is very difficult to prove the fact that the combined intention was present initially.

A number of other aggravating circumstances are prescribed by the second paragraph of Article 104 of the RA Criminal Code, which evoke different interpretations and contradictions. In particular, serious disputes occur when the fact of being combined with another crime is included in the *corpus delicti* as an aggravating circumstance (for example, murder combined with kidnapping or hostage-taking). In this respect, no ultimate answer has been given to the question whether the act must be treated in combination of crimes. In case of treating in combination, it turns out that a person is punished twice for the same crime. Whereas, if we are satisfied with just qualifying it as a murder with aggravating circumstance, then it seems that the person will be subjected to liability only for one crime.

The solution of this issue is also to refrain from prescribing such aggravating circumstances, especially, if we take into account that other aggravating circumstances (for example, murder to conceal another crime or to facilitate the committal of the latter; murder out of mercenary motives; murder of the person or of close relative of the latter, murder with respect to service and public duty of the person; and murder committed in a way dangerous for the life of many people) close this question.

At the same time, conditioned by the international commitments of the Republic of Armenia, technological progress, necessity of strengthening the protection of children's rights, ensuring clarity, consistency and legal certainty in the formulation of criminal legal norms as well as the need for the exclusion of linguistic errors and a number of other factors, there is also a need to prescribe in the RA Criminal Code aggravating circumstances of murder such as:

- 1) murder of a minor or helpless person;
- 2) murder committed in emergency situations or during martial law, natural disaster or other public disorders;
- 3) murder out of ideological, national, ethnic, racial or religious hatred, intolerance or hostility or hatred towards another social group, or intolerance or hostility or religious fanaticism; and
- 4) murder in order to obtain the victim's cell, organ, tissue or other physiological or anatomical substances.

4. Murder with mitigating circumstances

The types of murder with mitigating circumstances, as already mentioned, are murders in a state of strong temporary insanity; murder of a newly born child by the mother; murder of a criminal by using excessive measures when capturing the criminal; and murder by exceeding necessary defense. In this respect, the improvement of the RA Criminal Code in force, first of all, is conditioned by the need to ensure clarity, consistency and legal certainty in the formulation of criminal legal norms as well as the need for the elimination of linguistic errors.

Particularly, there is a need to change and clarify the disposition, prescribed by the first paragraph of Article 105 of the RA Criminal Code, foreseeing this type of murder as a murder committed in the state of a strong temporary insanity resulting from the victim's illegal and immoral act or conduct. Besides, conditioned by the rejection of the idea of an ongoing crime (the same act committed against two or more persons), the second paragraph of the given article also should be excluded. In this case, however, as more dangerous type of the murder committed in the state of strong temporary insanity may be foreseen the act committed against a pregnant woman.

At the same time, Article 106 prescribing liability for the murder of a newborn child by its mother needs a substantive change. Particularly, legislative reforms are needed in case where a murder will be considered as murder with mitigating circumstances only if it is committed in the state of depression or a mental disorder not excluding sanity. Moreover, in order to specify the subject of this crime, it is more reasonable to use the concept "the one giving birth" instead of "mother"; the victim of this crime also needs to be specified; for example, may be a child up to 3 months of age.

In addition, in order to solve the disputes with respect to the legal assessment concerning other persons' engagement, it is necessary to define, in a separate article of the

⁶ See the decision № ԵԷՂ (ԷԷԸ) /0126/13/11 of 15.02.2013 of the RA Cassation Court on the case of A. Artsruni, <http://www.datalex.am>.

RA Criminal Code, liability for organizing the murder of a child by the one giving birth or for inciting and supporting it.

5. Other crimes against life

According to the provisions of the RA Criminal Code, other crimes against life include, as already mentioned, causing death by negligence, causing suicide, and abetment of suicide. In this respect, too, the RA Criminal Code in force needs to be improved.

In professional literature, the issues concerning the subjective side of causing suicide have always been subject to disputes. In this respect, it is important that this issue was given a legislative solution in the RA Criminal Code. Nevertheless, it follows from the disposition prescribed in the first paragraph of Article 110 that the given *corpora delicti* exist only in case of causing suicide or attempting it with direct intention or by negligence. Therefore, in cases where the person is conscious of the fact that the corresponding behavior will lead the victim to suicide, foresees the real possibility or inevitability of suicide and intends its realization (i.e., there is a direct intention), the act cannot be classified as causing a suicide.

Under these circumstances, such acts are to be qualified under Article 104 of the RA Criminal Code as murder regardless of the fact that the criminal did not directly participate in the deprivation of life, which is difficult to accept. The point is that in such cases, it is not the criminal who deprives the victim of his/her life, but the latter himself/herself decides to terminate his/her own life. Therefore, changes must be made in the law defining that causing suicide may be done not only with indirect intention or by negligence, but also with direct intention.

It is also necessary to criminalize the manifestations leading to suicide. The point is that suicide, as already mentioned, is not a crime. Therefore, supporting it cannot be considered as a crime either, which is not justified. Thus, in this respect, the RA Criminal Code must prescribe as a crime the act of providing with instruments and means for committing suicide or contributing to it intentionally in any other way, if the person was conscious of his/her act or was able to act on his/her own will and if there are no features of a crime of causing suicide. Moreover, the fact of being conscious of his/her act or able to act on his/her own will must be foreseen also in the *corpora delicti* of causing suicide and abetment of suicide; otherwise such crimes will be considered as murders.

IV. Conclusion

Summarizing the issues discussed in this article, the important propositions for the improvement of the RA Criminal Code in force may be specified as follows:

- in case of euthanasia, there exist facts of objective and subjective nature which significantly decrease

the public danger of the act and serve as basis for defining a milder liability for this act as well as foreseeing it as murder with mitigating circumstances;

- there is a need to reject the aggravating circumstances of murder such as murder against two or more persons and murder combined with other crimes;
- there is also a need to prescribe the following aggravating circumstances of murder: 1) murder of a minor or helpless person; 2) murder committed in emergency situations or during martial law, natural disaster or other public disturbances; 3) murder out of ideological, national, ethnic, racial or religious hatred, intolerance or hostility or hatred towards another social group, or intolerance or hostility or religious fanaticism; and 4) murder in order to obtain the victim's cell, organ, tissue or other physiological or anatomical substances;
- there is a need to define by legislation that the murder of a newborn child by the mother is considered murder with mitigating circumstances only in cases where it is committed in the state of depression or mental disorder excluding sanity, by using not the concept of "mother" but "the one giving birth" in order to specify the subject of the crime;
- there is a need to define the liability by a separate article for organizing the murder of a child by the one giving birth or for inciting and supporting it;
- there is a need to define by legislation that causing a suicide may be done not only with indirect intention or by negligence, but also with direct intention; and
- there is a need to criminalize the manifestations of contributing to a suicide by foreseeing the act of providing with instruments and means of committing suicide or contributing to it intentionally in any other way as a crime, if the person was conscious of his/her act or was able to act on his/her own will and if there are no features of a crime of causing suicide.

The Concept and Criminal Legal Description of Cybercrimes According to the Legislation of the Republic of Armenia

Encroachments into the cyber security domain were fully criminalized in the Republic of Armenia (hereafter RA) in 2003. Firstly, this was conditioned by the fact that the increased level of informatization in various spheres of social life, which is particularly accompanied by widespread computerization, also requires criminal legal protection. The present article outlines the social dangerousness of cybercrimes in general and the significance of the struggle against them; and presents the concept and criminal legal description of the abovementioned types of crimes in accordance with the legislation of the RA.

I. The Nature and Concept of Cybercrimes; the Importance of Struggle against Them

The formation and operation of computer information systems is constantly associated with external impact as well as other types of interference. Unwarranted interference can lead either to information loss or change or to certain material consequences, depending on the goal of a particular cybercrime.

Nowadays, in almost all countries, fight against cybercrime is declared as one of the most important directions of the fight against criminality. Taking into consideration the harmfulness of cyber criminality and the necessity of initiating a coordinated fight against it by the international community, the "Convention on Cybercrimes" (hereafter the Convention) was adopted in Budapest, in 2001, by the Council of Europe. In 2003, in Strasbourg, the Convention was supplemented by the Additional Protocol "Concerning the Criminalization of Acts of Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems."²

Cybercrimes (as well as cyberterrorism) are types of crimes, which develop and are improved parallel to the worldwide running process of informatization. The usage of results of scientific technical development by the criminal world turned into a serious challenge for progressive humanity. The prevention and defeat of such crimes have become an urgent issue. Taking into consideration the tendencies of their expansion and existing conflicts in various areas of the world, in the nearest future it is possible

to have a wider usage of cybercrimes against the interests of the countries engulfed in conflicts, as well as against different NGOs, economic and other structures³.

The usage of scientific and technical developments by the criminal world is not a new phenomenon. For a long time it is deemed to be a regular phenomenon from the point of view of science.

Thus, parallel to the rapid scientific and technical development in the 19th century, the modes of commission of various crimes were improved too, which has resulted in the formation of so-called professional and, afterwards, organized criminality. As a result, a respective necessity emanated to develop and improve the means and methods of revelation and investigation of crimes. Nowadays, the fight against cybercrime makes us elaborate a system of actions as well – starting from legislative improvements to technical preventive solutions.

It is common to understand all types of crimes committed in the sphere (which, because of being cut off the material world, is called a virtual world, cyber domain or cyber territory) of circulation of computer information under the terms "cybercrimes" or "computer crimes".

In different sources, these crimes are presented as illegal usage of a computer and internet or as crimes committed through a computer and internet⁴.

In Encyclopaedia Britannica, the term "cybercrime" is explained as a synonym to computer crimes and is defined in the following way: "the use of a computer as an instrument to further illegal ends, such as committing fraud, trafficking in child pornography and intellectual property, stealing identities, or violating privacy." It is also mentioned that cybercrime, committed especially through the internet, is growing, as the computer has a central place in the spheres of commerce, entertainment, and government.⁵

According to another source, cybercrime consists of crimes in which a computer can be the object of the crime as well as used as a tool to commit an offense. Besides, cybercriminals may use computer technology to access others' personal information, business trade secrets, as well as communication and data storage.⁶

In a general sense, cybercrime is a unity of crimes committed through computer technology and programs in a certain territory, during a certain period, directed against computer information security.

We find it necessary to list them.

According to the Convention on Cybercrimes adopted by the Council of Europe in 2001, the following categories of acts are recognized as offences:

¹ Candidate of Law; Associate Professor, Lecturer at Yerevan Gladzor University

² For the Republic of Armenia, the Convention and its Additional Protocol have entered into force in 2007. – RA Official Gazette. Special release. Official republication. Multilateral International Treaties. Yerevan. 2008. P. 956-985.

³ Kinaktsyan A. Cyber-Criminality and Cyberterrorism: Some Cognitive and Legal Questions / "Gladzor" – 20. Jubilee collection of articles. Yerevan. 2011. P. 60.

⁴ <http://dictionary.reference.com/browse/cybercrime>;
<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/cybercrime>

⁵ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/130595/cybercrime>

⁶ <http://www.techopedia.com/definition/2387/cybercrime>

1. Offences against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems (illegal access, illegal interception, data interference, system interference, and misuse of devices);
2. Computer-related offences (data input, change, elimination or prohibition), and computer-related fraud (causing of property loss); and
3. Content-related offences (offences related to child pornography, dissemination of racist and xenophobe materials, denial, mitigation, approval or justification of genocide and crime against humanity).⁷

Thus, based on the above-mentioned, we can conclude that there is no universal term explaining cybercrimes. Moreover, despite the fact that the mentioned European Convention has the title “Convention on Cybercrimes”, the terms cybercrimes and cybercriminality are not enshrined in the criminal legislations of many countries such as United States of America, France, Germany, Russia, Ukraine, Belarus, Kazakhstan, Georgia, etc. At the same time, in all the above countries these terms are widely used in scientific research and scientific practical works.

II. The Criminal Legal Description of Cybercrimes According to the Legislation of the Republic of Armenia

The Criminal Code of the RA envisages liability for the following crimes directed against the security of computer information:

- Access to computer information system without permission (Article 251, RA Criminal Code);
- Computer information change (Article 252, RA Criminal Code);
- Computer sabotage (Article 253, RA Criminal Code);
- Illegal possession of computer information (Article 254, RA Criminal Code);
- Preparation or sale of special means for illegally entering (penetrating) computer information (Article 255, RA Criminal Code);
- Drafting, usage and dissemination of harmful software (Article 256, RA Criminal Code); and
- Violation of a computer system or network usage rules (Article 257, RA Criminal Code).

Thus, in the titles of the Convention and the 24th chapter of RA Criminal Code, where cybercrimes are presented as crimes directed against computer information security, there is some terminological incompliance. We have already justified that it would be more accurate to name the

mentioned chapter of RA Criminal Code as “Crimes directed against informational technical security” (or “Crimes directed against information and technical security”). That term maximally reflects the type of the mentioned crimes.⁸

The articles included in the mentioned chapter of RA Criminal Code are descriptive. One part of them is also referential (that is, it refers to another article of the Code in order to be possible to reveal the features of the described crime); e.g., the offence described by par. 1, Article 252 – change of information stored in a computer, computer system, network or mechanical devices, or insertion of false information in them, if there are no features of a crime of seizing someone else’s property. Certain articles are of blanket nature (that is, in order to fully reveal the features of the described crime it is necessary to turn to the norms of other branches of law, other laws or sub-legislative acts); for example, the offence described by par. 1, Article 257 – violation of the rules on the usage of computer, computer system or network.

The generic object of cybercrimes is the composite of social relations that make up the content of social security and order. That is why the chapter devoted to this group of crimes is in the ninth section of RA Criminal Code, which is entitled “Crimes directed against social security, computer information security, social order and morality, and population health”.

The combination of social relations that arise with respect to legal and safe usage of computer information is viewed as a type object of these crimes. Crimes noted on that basis are unified in the 24th chapter incorporated in the mentioned section of the Criminal Code of the RA.⁹

In this regard, it must be noted that the scope of crimes directed against computer information security described in the Criminal Code of the RA is narrower than the scope of cybercrimes found in the European Convention. Particularly, the commission of offences such as crimes concerning child pornography, dissemination of racist and xenophobic materials, denial, mitigation, approval or justification of genocide and crimes directed against humanity in the cyber domain is sanctioned by the articles found in other sections and chapters of the Criminal Code of the RA, as their generic and type objects are different.

There are some problems with the definition of the object of cybercrimes. Computer information is viewed as an object of crimes described in the 24th chapter of the Criminal Code of the RA, that is, information that is in a computer, computer system or network, as well as in mechanical devices. However, the technical means of creating, processing, storage and transmission of computer information can serve as an object of the mentioned crimes, i.e.,

⁷ Convention on Cybercrime, Additional Protocol Concerning the Criminalization of Racist and Xenophobic Nature Actions Committed through Computer Systems (For the Republic of Armenia the Convention and the Additional Protocol entered into force on 1 February 2007). – The Official Gazette of the Republic of Armenia. Special Release. Official Republication. Multilateral International Treaties. Yerevan. 2008. It must be noted that the Armenian translations of the Convention and the Additional Protocol are not without linguistic, stylistic and editorial faults, which, apparently, are the results of a poor translation.

⁸ Kinaktsyan A. Several Criminal-Legal Questions on Fight Against Cybercrime / The New “Gladzor” in the Mazes of Science: Yerevan. 2013. P. 136-137.

⁹ Ghazinyan G. (ed.) Criminal Law of the Republic of Armenia. Special part. Sixth edition. With Changes and Amendments. Yerevan. 2012. P. 605-606.

the computer, computer system, software, network, devices, mechanical devices.

The majority of crimes directed against computer information security described in the above-mentioned chapter of the Criminal Code of the RA are non-grave offences. Two acts are classified as grave crimes. Those are:

- Computer sabotage – intentionally bringing forth serious consequences, for which liability is envisaged by par. 3, Article 253; and
- Illegal possession of computer information, which 1) was associated with exerting violence towards a person or his/her relative; 2) was committed by a group of people with a prior agreement; 3) caused the victim a significant damage; or 4) was committed with a purpose of getting information – par. 3, Article 254.

One act, namely illegal possession of computer information, which 1) was committed by an organized group or 2) was associated with accidentally causing serious harm to one's health or brought forth other serious consequences (par. 4 Article 254) is a particularly grave crime.

Let us present the description of the objective side of the discussed group of crimes.

One part of the crimes directed against computer information security described in the 24th chapter of the Criminal Code of the RA are material crimes, that is, for the crime to be considered completed, besides the commission of the act, there must also be such socially dangerous consequences which are in causal connection with the act. The other part comprises formal crimes, that is, they are considered completed from the moment of the commission of the criminal act, irrespective of the fact or time of the emanation of consequences. In material crimes, there are ones whose consequences, among particular damages, are described as:

- "significant damage" (par. 1, Article 251, par. 1, Article 252, and par. 3, Article 254 of the Criminal Code of the RA; and
- "serious consequences" (par. 2, Article 251, par. 2, Article 252, paragraphs 2, 3, Article 253, par. 4, Article 254, par. 2, Article 256, and par. 3, Article 257 of the Criminal Code of the RA).

In the mentioned articles of the Criminal Code of the RA that envisage liability for crimes directed against computer information security, the terms "significant damage" and "serious consequences" are assessing notions. The existence of such consequences is finally assessed by the court. Thus, the following can be considered as a significant damage: essential violation of victims' rights, large number of victims, the measure of the material damage incurred by them, missed profit, the time and means required for recovering the damage, losing information or bringing it to a state of no use, and other such damages that will be considered significant by the court in a particular case. Under the expression "serious consequences", it

must be understood, for example, violation of constitutional rights of victims, causing serious damage to their health, damage of life-providing systems (or of the so called "critical substructures"), particularly large material damage, serious disruption or cessation of the activity of organizations, and causing emergencies.

The overwhelming majority of these crimes are committed through active actions. The non-observance of the rules of usage of computer system or network (for example, non-initiation of measures directed at securing the safe usage or protection against viruses by a person who has a right to access a computer, computer system or network, which as a result of carelessness brought forth one of the consequences described in Article 257 of the Criminal Code of the RA) can be committed through inaction. Theoretically too the commission of sabotage as a result of inaction must not be excluded, for which a liability is defined in Article 253 of the Criminal Code of the RA.

The question of the separation of means and tools of the commission of crimes directed against computer information security is of particular interest. Some of the specialists believe that, as a rule, computer mechanisms serve as a tool for the commission of the mentioned crimes, that is, various types of computers, and other computer devices, as well as communication means by which information networks are formed. In their opinion, the most common tool of the commission of those criminal acts is the personal computer (PC)¹⁰: Other authors do not find any differences between the means and tools of criminal acts – as facultative features of the objective side of a crime¹¹: Some specialists believe that objects used during the commission of cybercrimes and, generally, criminal acts not related to direct physical violence are means of crime. They believe that the term "crime tool" is more accurate to use when describing the objective side of violent acts¹².

Some problems come forth connected with the actual description of the mentioned means used during the commission of cybercrimes when finding out the place of their commission despite the fact that that feature of the objective side of the mentioned crimes is facultative. It is not a compulsory condition for the crimes directed against computer information security described in 24th chapter of the Criminal Code of the RA and does not have an impact on its qualification. Taking into consideration the level of development and possibilities of software and computer machines used today for the commission of cybercrimes, the place of the crime (the place, where the crime was started, continued or was completed) and the place where particular consequences dangerous for the society emanated as a result of its commission (the location of the

¹⁰ Ghazinyan G. (ed.) *Criminal Law of the Republic of Armenia: Special part. Sixth edition. With Changes and Amendments.* Yerevan. 2012. P. 609.

¹¹ Grigoryan M. *Criminal Law. General Part.* Yerevan. 2007. P. 172.

¹² Vetrova N. I., Ljapunova U. G. (ed.). *Criminal Law. General Part.* Moscow. 1997. P. 235.

compromised computer or device attached to it, the location, where the information was lost or brought to a state of no use, the location of the organizations, the activity of which was disrupted or ceased, emergency location and so on) differ from each other. In the opinion of some authors, the territory of the state must be considered as a location for the discussed crimes, where the socially dangerous consequences emanated¹³. According to other sources, both the location of the direct commission of the crime and the location where socially dangerous consequences arose must be considered as locations of the commission of cybercrimes¹⁴. We believe that these two approaches can supplement each other; based on their combination we can conclude that the place (country's territory) of the commission of cybercrimes is the place where the crime began or continued, and the place of the emanation of the consequences is the particular place where its consequences came forth, and if it is not possible to determine that, then, the territory of a particular country.

The overwhelming majority of crimes directed against computer information security described in the 24th chapter of the Criminal Code of the RA are described from the subjective side of the act in the form of an intentional guilt.

A number of articles in the mentioned chapter of the Criminal Code of the RA define liability for the following acts committed in two forms of guilt:

- **Computer information change, which by negligence brought forth serious consequences (subpar. 4 of par. 2, Article 252 of the Criminal Code of the RA);**
- Computer sabotage, which by negligence brought forth serious consequences (subpar. 2 of par. 2, Article 253 of the Criminal Code of the RA); and
- Drafting, usage and dissemination of harmful programs, which by negligence brought forth serious consequences (subpar. 3 of par. 2, Article 256 of the Criminal Code of the RA).

The listed criminal acts are described in two forms of guilt (or, in other words, in the combined guilt form) and according to the general rule defined by Article 32 of the Criminal Code of the RA, they must be qualified as willfully committed crimes.

Only the following crimes described in the 24th chapter of the Criminal Code of the RA can be committed by negligence:

- Accessing computer information without permission (Article 251); and
- Violation of rules of computer system and network usage (Article 257).

The discussed crimes are committed as a result of various motives and for different purposes. Cybercrimes can be led, particularly, by the following motives:

- Mercenary (for example, to receive a property or monetary benefit, to pay financial debts, to acquire material advantage);
- To strip off the society or state of their own share, as they believe;
- To take revenge on the employer or company;
- To show one's own capabilities, to satisfy one's "ego";
- To prove one's advantage over the "artificial intelligence";
- For blackmail and terror;
- Out of hooliganism; and
- Out of "sportive" curiosity or so-called puzzle solving interest.

As we see, referring to the subjective side of the act, the motives for committing cybercrimes are very extensive. In some cases, there may be several motives. For example, a worker considering himself to be insulted, can with one action blackmail, inflict a material damage and, at the same time, try to improve his/her own property or financial situation. However, the mercenary motive is viewed as the most widespread motive for committing cybercrimes.

The purposes of cybercrimes as facultative features of their subjective side are also multiple. The following are among them:

- Acquisition of closed information;
- Receipt of data of other persons;
- Transfer of money to fake bank accounts;
- Purchase with fake payment;
- Forging of payment documents;
- Forging of reports and other documents;
- Elimination of information, bringing it to a state of no use, restricting its availability or hiding data;
- Bringing forth programmatic problems; and
- Elimination of technical means or bringing them to a state of no use.

It must be noted that some cybercriminals do not consider their actions to be illegal or condemnable acts. They mistakenly think that if computer machines, networks or information are not properly protected, then temporarily getting hold of them or using them should not be considered a violation. Some of them even think that what they do is good, helping the public to reveal the faulty sides of cybersecurity¹⁵.

The mentioned facultative properties of the subjective side of crimes directed against computer information security described in 24th chapter of the Criminal Code of the

¹³ Ghazinyan G. (ed.) The Criminal Law of the Republic of Armenia. Special Part. Sixth edition. With Changes and Amendments. Yerevan. 2012. P. 609.

¹⁴ Kurushin V. D., Minaev V. A. Computer Crimes and Information Security. Directory. Moscow. 1998. P. 91.

¹⁵ Ilove D., Seger K., VonStroch W. Computer Crime. A Crimefighters Handbook / www.amazon.com/Computer-Crime-Crimefighters-Handbook-Security/dp/1565920864; Kurushin V. D., Mionaev V. A. Computer Crimes and Information Security. Directory. Moscow. 1998. P. 92, 93.

RA, the motive and purpose, do not have an impact on the qualification of particular cybercrimes, but they must be considered by the court as mitigating or aggravating circumstances for the punishment of the criminal.

Every physical person aged 16 and over can be the subject of the mentioned crimes, except for the subject described in Article 257 (violation of the rules of computer system or network usage) of the Criminal Code of the RA. For the commission of the crime prescribed in that Article, a special subject is foreseen: a person who has permission to access computer, computer system or network.

The subject of actions envisaged by sub-par. 1 of par. 2. Article 251 and sub-par. 2 of par. 2, Article 252 is a person using his/her official position. However, by and large, the composition of the subjects of cybercrimes is quite wide. They can be divided into three groups:

1. Persons who have a connection with the individual victim or the victim organization.
2. Persons who know the victim or are workers of the victim organization, and deal with all objects and possibilities that can be used as means or tools for cybercrimes. They can act alone or along with other persons (representatives of the 1st group).
3. Responsible workers of the victim organization.

Among the subjects that have a connection with the victim or victim organization are the so-called hackers, cyber spies, and persons engaged in cyber robbery¹⁶.

Among the worker-subjects of organizations suffering from cybercrimes are:

- Operators of the operational systems, computers, attached devices, and providers of telecommunication channels;
- Computer programmers, persons responsible for program service, and users of databases;
- Engineer-coordinators, signalers, and electronic engineers;
- Specialists, supervisors of information – technical security providing management of computer network, and operators; and
- Head of the organization or other responsible persons.

As to the liability for cybercrimes, the sanctions found in the articles of the 24th chapter of the Criminal Code of the RA, as a rule, provide two alternative sanctions, except the sanctions envisaged for actions that are described in:

- par. 3, Article 253;
- par. 3, 4 Article 254;
- par. 2, Article 256; and
- par. 2, 3, Article 257.

For these crimes, only relatively definite sanctions are envisaged.

It must be also noted that today many other criminal acts connected with computer information and cyber domain are known which, however, are not considered to be cybercrimes, as their main direct object is different; for example, committing acts of terrorism in cyber domain, and dissemination of religious fanaticism and hatred. Such, criminal acts, as well as some other acts, for example, cyber espionage, fake commercial, criminal violation of copyrights and other related rights, can be committed in combination with cybercrimes. The most important basis for the differentiation of the mentioned crimes is the clarification of their objective and subjects and the clarification of means and tools for committing these crimes, which also has an important impact on their precise qualification.

III. Conclusion

The article is devoted to one of the actual criminal law issues, viz., definition of the concept of cybercrimes and their general description. Based on the study of contemporary professional literature and respective articles of the Criminal Code of the RA, an attempt is made to present the nature of cybercrimes, the importance of combating against them, the criminal legal description of those types of crimes in accordance with the legislation of the RA, the terminological peculiarities in comparison with the legislation of other states, their general analysis according to the elements of *corpus delicti*, criminal liability, bringing up the most urgent and problematic issues, and working out justified approaches directed at their resolution.

¹⁶ From the English word "hack-to cross, to cut". Hacker – person damaging computer networks, programs. Lazaryan A., Hambardzumyan N., Hayrapetyan A. English-Armenian dictionary. Yerevan. 2008. P. 283-284.

Does Article 218 of the Criminal Code of Georgia Bear a Risk of Double Jeopardy?

In Georgia, liability for tax evasion is envisaged by tax and criminal legislations. The aim of the present article is, by reviewing tax and criminal liabilities according to Georgian legislation, as well as a brief comparative legal analysis and by taking into account the case law of the European Court on Human Rights, to answer the question whether Article 218 of the Criminal Code of Georgia bears a risk of double jeopardy.

In order to achieve the aim of the article, the liabilities imposed by both the tax legislation and criminal legislation for tax evasion shall be examined; a brief comparative legal analysis shall be presented; and the principle of double jeopardy both in general context and from the perspective of the case law of the European Court on Human Rights shall be discussed. The article consists of an introduction, two chapters, which in turn are divided into subchapters, and a conclusion.

I. Liability for Tax Evasion in Accordance with the Tax and Criminal Codes

1. Liability for tax evasion in accordance with the tax code

Chapter XIII of Section XL of the Tax Code of Georgia defines types of tax violations and liability. Among Articles defining violations is Article 275, according to which payable taxes in a tax return/tax calculation and, thus, tax evasion means:

- understating payable taxes in a tax return/tax calculation, if caused by tax control authority changing the moment (period) of origin of the person's tax liability, is punished by a fine of 10% of the understated sum of payable taxes (para. 1, Article 275); and
- understating payable taxes in any other type of a tax return/tax calculation or overstating a deductible amount, which is not regulated by paragraph one of Article 275 and which is punished by a fine of 50% of the understated sum of payable taxes (para. 2 and 3, Article 275);

The tax authority based on a tax audit report makes a decision on whether to impose or not taxes and/or a fine.

A copy of the decision is presented to the taxpayer along with the relevant tax notice.² The taxpayer in his/her turn has a right to appeal the tax notice and the relevant act.³ The obligation to discharge a disputed outstanding tax liability shall be deemed suspended from the day of commencement until the day of completion of a tax dispute.⁴

It is noteworthy that the right to state tax lien/mortgaged property owned by the taxpayer arises from the moment a tax notice is presented to the taxpayer.⁵ According to Article 239 of the Tax Code, a tax lien/mortgage constitutes a right of the state⁶ to secure payment of tax arrears from the property of a taxpayer and/or any other liable person. Despite the entry of paragraph two of the mentioned Article, according to which the right to the registration of a tax lien/mortgage arises together with the tax liability and extends to the property⁷ owned, within the scope of the tax liability, as recorded on the balance sheet of the person. In reality, state tax lien/mortgage extends to the whole property of the taxpayer and the mentioned entry is important only in case of selling of the taxpayer's property for the benefit of the state.

Despite the extension of the state tax lien/mortgage right to property owned by the taxpayer from the moment the tax notice was presented, the Revenue Service is authorized to seize the taxpayer's property and/or bank accounts during a tax dispute in order to additionally secure the taxpayer's outstanding tax liability.⁸ Seizure of the taxpayer's property and/or bank accounts shall not be applied and a seizure that has been already effected shall be cancelled, if during the tax dispute, in order to additionally secure outstanding tax liability, the taxpayer provides a bank guarantee, an insurance policy, a surety contract or audit report which confirms that the value of property under tax lien/mortgage secures full payment of the disputed outstanding tax liability.⁹

The conclusion to the present subchapter is as follows: In case the understated sum of payable taxes indicated by a person, intentionally or not, in the tax return amounts to, for instance, 100,000 Georgian Lari (GEL), he/she shall be charged with the amount of taxes not paid, i.e., 100,000 Georgian Lari and a fine of 50%, i.e., – 50,000 GEL, as

² Para. 1 of Article 268 of the Tax Code of Georgia.

³ It is noteworthy that prior to composition of a final version of an act the taxpayer has a right to appeal the draft act in accordance with the rule of administrative proceedings.

⁴ Para. 3 of Article 254 of the Tax Code of Georgia.

⁵ Para. 2, Article 239, Tax Code of Georgia; It should be noted that in accordance with para. 2 of Article 265 of the mentioned law, the Revenue Service is also authorized to use a right of tax lien/mortgage in case other than when tax liability is determined by the tax notice during field tax audit irrespective of whether or not the taxpayer has any tax liability.

⁶ Para. 23, Article 8, Tax Code of Georgia; "Tax arrears – the difference between the amount of taxes and/or sanctions not paid on time by a taxpayer and the overpaid amount of taxes and/or sanctions".

⁷ Except for property held under a lease, including the property acquired after the tax liability arose.

⁸ Para. 1 of Article 254 of the Tax Code of Georgia.

⁹ Para. 2 of Article 254 of the Tax Code of Georgia.

¹ doctoral candidate at the Law Faculty of Tbilisi State University, Private Law Specialization; Master of Private Law at the Law Faculty of Tbilisi State University; lawyer; executive director of non-commercial legal entity "Georgian Lawyers for Independent Profession"; Legal Adviser of "United Transport Group"

well as 0.05% of the sum of taxes not paid from the very first day on which the taxpayer must have paid this tax. Moreover, tax lien/mortgage shall be applied, as well as additional enforcement measures that may be used, and finally, since the understated sum of payable taxes indicated in the tax return was more than 50,000 GEL, it shall be considered as tax evasion of especially large value and it shall constitute a criminal liability under the Criminal Code of Georgia.¹⁰

2. Responsibility for tax evasion in accordance with the Criminal Code of Georgia

According to the legislation of Georgia, criminal liability for tax evasion is imposed only in cases when the amount to be paid indicated in the tax return was reduced by a person by more than 50,000 GEL and if the taxpayer acted intentionally.

For the purpose of interpretation of Article 218 of the Criminal Code of Georgia, the ruling of the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia, dated 3 May 2004, is particularly important. “The Chamber notes that intention constitutes one of the required elements of the crime envisaged by Article 218 of the Criminal Code of Georgia. Tax evasion does not always constitute a criminal act. Tax evasion shall constitute a criminal act provided by Article 218 of the Criminal Code, only if a person intentionally conceals or understates profit (income) or other taxable object with the purpose of evading a tax. Nothing in the indictment refers to the proof of intention of V.G. and D.N. to evade taxes. The investigation did not consider whether V.G. and D.N. evaded taxes intentionally, whether they committed such an illegal act on their own will, and whether they were conscious of the illegal nature of the act, which is a circumstance that excludes intention and, thus, guilt. Authentic establishment of the fact of intention is of decisive importance to determine their guilt and to decide on the issue of criminal liability. As for the issue of payment of taxes – should the taxes be paid and what amount should be paid – this issue is beyond the criminal jurisdiction and should be decided in administrative proceedings.”¹¹

Georgian criminal law literature points out to the “faulty practice” of Article 218.¹² Specifically, in accordance with paragraph four of Article 275 of the Tax Code of Georgia and Article 218 of the Criminal Code of Georgia, the law imposes criminal liability in case when a person reduces

the sum of payable taxes by more than 50,000 GEL in one tax return. “Faulty practice” is present in the following circumstance: the Revenue Service adds up the “understated” sum of payable taxes for the taxpayer before the expiration of the statute of limitations of the tax liability.¹³ By this, the Revenue Service unambiguously violates the principle of rule of law provided by the Constitution of Georgia.

As for the punishment, in accordance with Article 218 of the Criminal Code of Georgia, a person:

- shall be punished by a fine or deprivation of liberty for a term of three to five years for intentional evasion of taxes of large value; and
- shall be punished by deprivation of liberty for a term from five to eight years for the same conduct committed repeatedly, in especially large value or in group conspiracy.

In accordance with the first note to the mentioned Article, large value refers to when the amount of tax to be paid exceeds 50,000 GEL, whereas especially large value refers to an amount exceeding 100,000 GEL.

Article 218 of the Criminal Code of Georgia, which imposes criminal liability¹⁴ and the expropriation of a part or entire property for tax evasion, is also noteworthy. The mentioned provision is meaningless when we take into account that from the moment a tax liability arises, the state tax lien/mortgage is automatically applied to the taxpayer and is registered in the Restriction, Tax Lien/Mortgage Registry of the Public Registry. It can be assumed that paragraph three of Article 218 imposes liability for this conduct when it is committed in the time frame when the taxpayer is aware of the possible accrual to the Revenue Service. The taxpayer can become aware of the possible accrual by means of familiarizing oneself with the draft act prior to the receipt of the final act of the accrual and relevant notice. Within this time frame, before the taxpayer receives a tax notice, he/she expropriates a property to which tax lien/mortgage is not applied.

The second note to Article 218 of the Criminal Code of Georgia is considered to be an incentive provision in the Georgian criminal law literature.¹⁵ In accordance with the note, a person shall not be held liable, in accordance with Article 218, within 45 working days from the receipt of a tax notice, if the main sum to be paid is deferred or amended or if the payment liability is suspended in accordance with the law.¹⁶

To sum up the present subchapter, Georgian law imposes liability only for the understatement of taxes in large

¹⁰ Para. 3, Article 275, Tax Code of Georgia; In accordance with para. 3, Article 268, Tax Code of Georgia, in case element (elements) of a crime are revealed, relevant materials shall be immediately forwarded to the investigation authority of the competent jurisdiction.

¹¹ Ruling of the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia, chaired by Lado Chanturia, composed of V. Khrustali, M. Turava, B. Metreveli, T. Laliashvili (presiding judge), I. Bibilashvili, D. Sulakvelidze, M. Vachadze, and N. Klarjaishvili; dated 3 May 2004, p. 11.

¹² M. Lekveishvili, N. Todua, G. Mamulashvili, *Private Part of Criminal Law*, 2011, Fourth Edition, Note 1, p. 505.

¹³ See above.

¹⁴ Fine or deprivation of liberty for a term of two to three years.

¹⁵ M. Lekveishvili, N. Todua, G. Mamulashvili, *Private Part of Criminal Law*, 2011, Fourth Edition, 2011, p. 506.

¹⁶ The issue concerning the extent to which this provision is of incentive in nature for taxpayer or if it represents an encouraging provision to fill out the state budget is a separate topic for discussion. For this reason, the mentioned provision shall not be examined in the present article.

value in one tax return¹⁷, while in order to classify the conduct as punishable under Article 218, presence of such *mens rea* as intention is required.

3. Criminal liability for tax evasion in international law

The present subchapter represents a brief comparative legal analysis regarding criminal liability for tax evasion. Since Georgia has once again confirmed its European choice by signing and ratifying the Association Agreement (between Georgia, of the one part, and the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the other part), for comparison reasons, countries which are historically linked to Georgia in terms of territorial closeness (Azerbaijan) or from a common state area (Azerbaijan, Latvia, and Estonia) and countries (including social states) which represent strong European states (Germany and Norway) are chosen.

For comparison reasons, relevant tax evasion provision (including its role in the legal system), the punishment and scale of the amount of taxes to be paid were chosen as a starting point, since they affect the process of establishment of the fact of liability and gravity in accordance with Georgian criminal law. For the better perception of an economic situation and for comparison reasons, gross domestic product (GDP) per capita figures (based on the data of the World Bank) of the chosen countries for the years 2010-2014 are presented in the table below.¹⁸

¹⁷ Certainly, Article 218 includes aggravating circumstances in its paragraph 2, including tax evasion of especially large value.

¹⁸ <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD>, last visited on 14.07.2015.

Article 213 of the Criminal Code of Azerbaijan, which geographically and historically is the closest to Georgia, despite its gross domestic product (GDP) per capita figure being twice larger than that of Georgia's, displays most similarity with Article 218 of the Criminal Code of Georgia. For the purpose of imposition or aggravation of liability, the Criminal Code of Azerbaijan distinguishes between large and especially large values and establishes an additional scale for aggravating circumstances. However, these amounts are smaller than the ones determined by the Criminal Code of Georgia.

As provided in the table, the legislation of Latvia (even bigger gross domestic product per capita figure in comparison with Georgia) is also close to Georgian regulation. However, amounts of tax to be paid, in case of concealment of which criminal liability shall be imposed or aggravated, are not determined on a legislative level.

Figures of gross domestic product (GDP) per capita are calculated by dividing all final goods manufactured within country borders by the number of population, while gross domestic product (GDP) is a common value of all manufactured goods and services within country borders in one year. All figures are indicated in US dollars.

¹⁹ Criminal Code of Azerbaijan <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/az/az017en.pdf>, last visited on 14.07.2015.

²⁰ Criminal Code of Latvia <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/untc/unpan018405.pdf>, last visited on 14.07.2015.

²¹ Criminal Code of Estonia <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ee/ee133en.pdf>, last visited on 14.07.2015.

²² Criminal Code of Germany http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html; Tax Code of Germany http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html, last visited on 14.07.2015.

²³ Professor Benn Folkvord, University of Stavanger, Surcharges and Penalties in Tax Law; European Association of Tax Law Professors, <http://www.eatlp.org/uploads/public/2015/National%20report%20Norway.pdf>, last visited on 14.07.2015.

Country	GDP per capita	Provision on Tax Evasion	Minimum penalty	Maximum penalty	Impact of the amount determined on legislative level and on the liability
Georgia	3,670.0	Article 218, Criminal Code	Fine or deprivation of liberty for a term up to 3 years	Deprivation of liberty for a term up to 8 years	Large value – more than 50,000 GEL; especially large value – more than 100,000 GEL
Azerbaijan	7,884.2	Article 213 ¹⁹ , Criminal Code	Fine or deprivation of liberty for a term up to 1 year	Deprivation of liberty for a term up to 3 years	Distinguishes between large and especially large value
Latvia	16,037.8	Article 218 ²⁰ , Criminal Code	Fine or deprivation of liberty for a term up to 3 years	Deprivation of liberty for a term up to 5 years	-
Estonia	19,719.8	Article 389 ¹ , Criminal Code ²¹	Fine or deprivation of liberty for a term up to 3 years	Deprivation of liberty for a term up to 5 years	320,000 Euro and more
Germany	47,627.4	§370 ²² , Tax Code	Fiscal fine	Fine with deprivation of liberty for a term up to 5 years	-
Norway	97,363.1	Para. 12-1, Act on Taxation ²³	Fine	Deprivation of liberty for a term up to 2 years	-

The first and positive distinction is seen in case of the Estonian legislation. Despite having existed in a common state area (USSR) in the past, Estonia, the gross domestic product per capita figure of which is five times bigger than that of Georgia's, shows a tangible difference between the legislations. The Criminal Code of Estonia differentiates tax evasion in large value (§389¹) and significant tax fraud (§389²). Tax evasion in large amounts is not presenting information to the tax authority or presentation of wrong information with an aim to understate tax liability, which caused significant harm. If the understatement of such a liability equals to or is more than 320,000 Euro, a person could be deprived of liberty for a term up to 5 years. If a person intentionally commits such a conduct, it qualifies as significant tax fraud. The amount is of defining importance and if the understated sum of tax to be paid or received profit equals to or is more than 320,000 Euro, a person could be deprived of liberty for a term from one to seven years. An important entry is made with regard to legal entities, since, both in case of §389¹ and §389² an act committed by a legal entity is punished by a fiscal sanction only, while in case of fraud, liquidation could also be applied.

An even more advanced legislative regulation can be seen in Germany (gross domestic product per capita figure is thirteen times bigger than Georgia's). The relevant article on tax evasion is present in the Tax Code and not the Criminal Code. Furthermore, the title of paragraph 70 of the Tax Code of Germany ("Tax Evasion") is more formal and by its subject matter represents tax fraud. A logical continuation of the Tax Code could be found in the Criminal Code. Paragraph 261, which is titled money laundering and financial profit received by concealed and unlawful conduct, provides for aggravating circumstances that classify conducts prescribed by paragraph 70 of the Tax Code as tax fraud. Hence, legal framework of Germany is excellent in terms of prevention of double jeopardy.

Norway's (gross domestic product per capita figure is 27 times bigger than Georgia's) legislation was chosen for this article due to the fact that tax law of this country was heavily influenced by the European Convention on Human Rights²⁴ and case law.²⁵ Norwegian legal system (and consequently the courts) in determining the nature of fine is guided by "Engel criteria"²⁶, determined by the European Court on Human Rights. Thus, when classifying a sanction as "fine"²⁷, a principle and guarantee such as a right to fair trial and prohibition of double jeopardy are considered.²⁸ Tax evasion is fined in accordance with the Act on Taxation of Norway; depending on the gravity of a

conduct, tax evasion can develop into tax fraud.²⁹ Moreover, liability varies in accordance with the gravity of violation (including the sum of understated tax) or gravity of conduct. If tax evasion is punished by fine or deprivation of liberty for a term up to 2 years, fraud shall be punished by fine and deprivation of liberty for a term up to six years.³⁰

As a conclusion to the present subchapter, I should underline the paramount trend that first shows itself in Estonian legislation (regulation of tax evasion and tax fraud by separate articles), which is even more developed by German legislation (due to the observance of the principle of prohibition of double jeopardy, infringements punished by tax legislation, based on their gravity, are moved to Criminal Law Code). Finally, the legislation of Norway should be highlighted which, despite not regarding the above-mentioned conducts as punishable under criminal law, clearly distinguishes tax evasion and tax fraud, while the court practice in terms of adhering to the principle on prohibition of double jeopardy is guided by the "Engel criteria" established by the European Court on Human Rights.

II. *Ne Bis in Idem* – Prohibition of Double Jeopardy

In Georgian constitutional law, the right to fair trial envisaged by Article 42 of the Constitution of Georgia is referred to as a right of "fundamental importance", which in a democratic society cannot be "sacrificed to expediency".³¹ The principle of prohibition of double jeopardy is guaranteed by paragraph four of the mentioned Article 42, which should be understood as defined by the European Court on Human Rights.³² In its turn, the *Ne bis in idem* principle – no one can be punished or tried twice for the same crime – which prohibits the repetition of criminal procedures after a final judgment has been delivered, is reinforced by Article 4 of Protocol No. 7 of the European Convention on Human Rights.³³

The *Ne bis in idem* principle is considered violated if the following four elements are present simultaneously:³⁴

1. A final judgment in a criminal law case (*res judicata*);

²⁹ See above at subparagraph 2.1; it is noteworthy that both conducts are envisaged by the tax legislation rather than criminal law legislation. For further information, see Tax Evasion and Criminal Liability – Comparative Analysis, 27 February 2012, Georgian Small and Medium Enterprises Association, p. 20.

³⁰ See above at subparagraph 2.1.

³¹ T. Tugushi, G. Burjanadze, G. Mshvenieridze, G. Gotsiridze, V. Menabde, Human Rights and Practice of Proceedings of the Constitutional Court of Georgia. 2013, p. 594.

³² I. Burduli, E. Gotsiridze, T. Erkvania, B. Zoidze, L. Izoria, I. Kobakhidze, A. Loria, Z. Macharadze, M. Turava, A. Pirtskhalashvili, I. Putkaradze, B. Kantaria, D. Tsereteli, S. Jorbenadze, Commentary of Constitution of Georgia (Chapter Two. Citizenship of Georgia. Human rights and fundamental freedoms), 2013, p. 552.

³³ *Ruotsalainen v. Finland*, 16 September 2009, para. 41.

³⁴ I. Burduli, E. Gotsiridze, T. Erkvania, B. Zoidze, L. Izoria, I. Kobakhidze, A. Loria, Z. Macharadze, M. Turava, A. Pirtskhalashvili, I. Putkaradze, B. Kantaria, D. Tsereteli, S. Jorbenadze, Commentary of Constitution of Georgia (Chapter Two. Citizenship of Georgia. Human rights and fundamental freedoms), 2013, p. 550-551.

²⁴ European Convention on Human Rights, Rome, 4 November 1950.

²⁵ See above at para. 2.

²⁶ For detailed information on "Engel criteria" see footnote# 40.

²⁷ As well as in terms of "criminal law" meaning, despite its formal role in legal system.

²⁸ See above at subparagraph 2.1.

2. New conviction or prosecution for the same conduct;
3. New conviction or prosecution in the same state³⁵; and
4. Absence of newly discovered circumstances for renewal of proceedings.³⁶

According to Kofler and Pistone, risk of violation of the *Ne bis in idem* principle is higher in countries the legal systems of which envisage separate procedures for tax and criminal law purposes.³⁷ Furthermore, it should be noted that in general *Ne bis in idem* does not protect a person from being charged with an additional disciplinary liability.³⁸ Contrary to this, in the case of *Ruotsalainen v. Finland* (Mr. Ruotsalainen, on the basis of two separate successive procedures, was fined in criminal law proceedings and was issued with a fuel fee debit in administrative proceedings), the European Court on Human Rights determined that *Ne bis in idem* principle was violated.³⁹

The European Court on Human Rights examined the legal characterization of the procedures carried out towards Mr. Ruotsalainen and in its assessment relied not only on the law of the member country, but has also examined the notion of “criminal law sanction” and “fine” in the view of general principles of the Convention.⁴⁰ By applying “Engel criteria”⁴¹, the Court concluded that the case concerns criminal procedures,⁴² since the use of more leniently taxed fuel by the taxpayer of more leniently taxed fuel

would be classified as a petty fraud.⁴³ The mentioned decision, however, entered into force since Mr. Ruotsalainen did not appeal it.⁴⁴

As to the issue whether fuel fee debit, imposed in accordance with administrative proceedings, was criminal in nature, by applying “Engel criteria”, the European Court on Human Rights determined that although Finnish legislation defines fuel fee debit as administrative, based on the general nature of offence (applies to all citizens) and the gravity of punishment (a treble rate used was considered not only as deterrent, but also punitive)⁴⁵, it is criminal in nature for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7.⁴⁶

Finally, the European Court on Human Rights explained that it should be considered as “the same offence” as far as it is based on the same factual circumstances.⁴⁷ Since criminal law and administrative legal consequences applied against Mr. Ruotsalainen arose from substantially identical factual circumstances,⁴⁸ the Court concluded that two sets of “criminal law” proceedings and sanctions were used for an identical offence and thus the principle of *Ne bis in idem* envisaged by Article 4 of Protocol No. 7 was violated.⁴⁹

III. Does Article 218 of the Criminal Code of Georgia Bear a Risk of Double Jeopardy?

In case of reduction of the understated sum of payable taxes by more than 50,000 GEL:

- on the basis of the tax notice issued by the Revenue Service of the Ministry of Finance of Georgia, a person shall be charged with a fine amounting to the principal sum of tax that was concealed by the taxpayer;
- on the basis of the same tax notice, a person shall be charged with a fine of 10 to 50 percent, which is more probable, of the understated sum of payable taxes, since a 10 percent fine applies to only one specific understatement, while the 50 percent one concerns all others;
- on the basis of the same tax notice, a person shall be imposed with a penalty interest, which amounts

³⁵ “The prohibition protects a person only from repeated conviction and prosecution in the same state and is not of transnational nature.” See I. Burduli, E. Gotsiridze, T. Erkvania, B. Zoidze, L. Izoria, I. Kobakhidze, A. Loria, Z. Macharadze, M. Turava, A. Pirtskhalashvili, I. Putkaradze, B. Kantaria, D. Tsereteli, S. Jorbenadze, Commentary of Constitution of Georgia (Chapter Two. Citizenship of Georgia. Human rights and fundamental freedoms), 2013, p.551

³⁶ I. Burduli, E. Gotsiridze, T. Erkvania, B. Zoidze, L. Izoria, I. Kobakhidze, A. Loria, Z. Macharadze, M. Turava, A. Pirtskhalashvili, I. Putkaradze, B. Kantaria, D. Tsereteli, S. Jorbenadze, Commentary of Constitution of Georgia (Chapter Two. Citizenship of Georgia. Human rights and fundamental freedoms), 2013, p.550-551.

³⁷ G. Kofler, M.P. Maduro, P. Pistone, Human rights and Taxation in Europe and the World, Netherlands, 2011, p. 24.

³⁸ I. Burduli, E. Gotsiridze, T. Erkvania, B. Zoidze, L. Izoria, I. Kobakhidze, A. Loria, Z. Macharadze, M. Turava, A. Pirtskhalashvili, I. Putkaradze, B. Kantaria, D. Tsereteli, S. Jorbenadze, Commentary of Constitution of Georgia (Chapter Two. Citizenship of Georgia. Human rights and fundamental freedoms), 2013, p.551.

³⁹ *Ruotsalainen v. Finland*, 16 September 2009, para. 41.

⁴⁰ See above at *Ruotsalainen v. Finland*, 16 September 2009, para. 42.

⁴¹ In the case of *Engel and others v. The Netherlands*, the European Court on Human Rights defined that the notion “criminal” is autonomous and determined three alternative criteria in case of presence of which a sanction shall bear a “criminal law” meaning. The criteria can be applied in cumulative manner in cases when analysis of only one criterion does not make it possible to reach a clear conclusion. These criteria are: the place of the offence (and thus, the sanction) in the legal system of local country, the nature of the offence or fine and the degree of gravity; *Engel and others v. The Netherlands*, 8 June 1976, paragraphs 81-82; *Ruotsalainen v. Finland*, 16 September 2009, para. 43; G. Kofler, M.P. Maduro, P. Pistone, Human rights and Taxation in Europe and the World, Netherlands, 2011, p. 22, 137.

⁴² *Ruotsalainen v. Finland*, 16 September 2009, para. 43-44, the Court indicated that proceedings were “criminal”, according to the Finnish legal classification, as well as for the purposes of Article 4 of the Protocol No. 7.

⁴³ See above at para. 44.

⁴⁴ See above.

⁴⁵ See above at para. 46, for this reason the Court did not agree with the state’s argument stating that the sanction’s purpose was only compensatory.

⁴⁶ See above at para.45-47.

⁴⁷ See above at para. 48, the European Court on Human Rights provided a harmonized interpretation of the notion of the “same offence”; also, see *Sergey Zolotukhin v. Russia*, 10 February 2009, para. 82.

⁴⁸ The penal order was based on two factual circumstances: the applicant used more leniently taxed fuel without having paid additional tax and filled the tank by himself; the administrative order was based on the factual circumstance in accordance with which the applicant used to use more leniently taxed fuel and he did not give a prior notice of this fact to the transport administration and thus was imposed a trebled fee. *Ruotsalainen v. Finland*, 16 September 2009, para. 51-52; *Maria Ruiz*, 18 Lex ET Scientia Int’l J. 9 2011, p. 14.

⁴⁹ *Ruotsalainen v. Finland*, 16 September 2009, para. 51-52.

to 0.05 percent of the outstanding sum for each day of overdue from the day following the due date;

- tax lien/mortgage shall be applied to all property of the taxpayer in order to secure liability before the state;
- additionally, on the basis of the decision of the tax authority, the defaulting taxpayer's bank accounts can be seized, unless the taxpayer presents additional guarantees such as bank guarantee;
- if intentional tax evasion is proved, a person shall be charged with criminal liability; and
- Criminal liability shall be aggravated in case of aggravating circumstances such as especially large value, which equals 100,000 GEL.

Taking into account all of the above-mentioned, the risk of violating the principle of double jeopardy when applying Article 218 of the Criminal Code of Georgia is rather high. The fine and penalty interest, which is imposed on main tax liability, can be considered to fall under the scope of "criminal law" due to its nature and gravity, while a person may be considered guilty under the same factual circumstances (particularly taking into account that 50,000 and 100,000 GEL in the Georgian context are low) and may be subjected to criminal liability. Moreover, Article 6 of the European Convention on Human Rights can be violated since additional means of guarantee against tax liability such as seizure of bank accounts of a person or, its alternatives, bank guarantee or insurance policy are immediately enforced and place an additional burden upon a person.⁵⁰

IV. Conclusion

Yet, in the year 2012, the authors of "Tax Evasion and Criminal Liability – Comparative Analysis of the Georgian Small and Medium Enterprises Association" stated that fiscal bounds for the establishment of criminal liability provided by the Criminal Code and Tax Code of Georgia are too low and similar inaccuracy can occur not due to the intention of the taxpayer, "but due to a mistake, a different interpretation of law or even because of an autonomous determination of tax notice by tax authority... thus, an entrepreneur although acting in good faith due to objective circumstances could still be considered an offender and be charged with criminal liability," which the authors consider to be an obstacle for the flow of investments.⁵¹

It is undisputable that nothing relieves individuals from the obligation to pay tax. Judge Ress stressed the same in the case of *Ferrazzini v. Italy* and stated that developments of the Convention in the tax field do not affect the obliga-

tion of individuals to pay tax.⁵² However, in case they are not paid it is necessary and required to carry out measures within the limits of the law in terms of state interest and in compliance with principles of protection of human rights.

It should further be highlighted that aspiration and actions of the developed European countries to avoid the risk of double jeopardy is not only desirable but also necessary.

Moreover, Europe is advanced in the field of tax law and has developed a "new approach" which is based on consensus and constructive dialogue between the tax authority and the taxpayer.⁵³ "Taxpayer is no longer a simple recipient of tax policy, he/she should be considered as a participant of legal relation between equal."⁵⁴

Finally, as already mentioned, Georgia has showed its European choice by the Association Agreement (between Georgia, of the one part, and the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States), and, beyond general statements, committed itself to specific obligations under the Agreement, among which are a series of obligations in the tax law field under Annex XXII of the Association Agreement. Moreover, the country must adhere to the European Convention on Human Rights as a part of its domestic legislation and reckon with the case law of the European Court on Human Rights.

⁵⁰ *Ferrazzini v. Italy*, 12 July 2001, concurring opinion of Judge Ress.

⁵¹ *Tax Evasion and Criminal Liability – Comparative Analysis*, Georgian Small and Medium Enterprises Association, 27 February 2012, p. 12.

⁵² *Ferrazzini v. Italy*, 12 July 2001, concurring opinion of Judge Ress.

⁵³ G. Kofler, M.P. Maduro, P. Pistone, *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, Netherlands, 2011, p. 412.

⁵⁴ See above at p. 413.

The Peculiarities of Criminal Legal Qualification of Crimes Against Human Dignity, Life and Health Committed in the Area of Transplantation of Human Organs and (or) Tissues in the Republic of Armenia

I. Introduction

According to the report № A63/24 of 25.03.2010, entitled "Transplantation of Organs and Tissues", of the secretariat of World Health Organization, the illegal sale of cells, tissues and organs for commercial purposes as well as the trade of organs accompanied by the utilization of persons transported to other states through kidnapping or deceit and forcing them to act as "donors" continues to remain a serious problem.

According to the data provided by the World Health Organization, every year within the framework of tourism, with the purpose of illegal trade of organs, trafficking of organs as well as transplantation, around 15,000 kidneys are taken by force or by using the financial vulnerability of "donors".

According to the official statistics during 2004-2015, only one case of crime has been registered concerning the transplantation of organs and (or) tissues in the Republic of Armenia (Henceforth RA). In our opinion, however, such statistics is the result of not due to the absence of crimes concerning the illegal trade of organs, trafficking of organs, and illegal transplantation of human organs and (or) tissues, but of their latency.

Our statement concerning the latency is based on the fact that trafficking of organs revealed in the Republic of Armenia in 2012 was carried out for harvesting kidneys illegally through the recruitment of "donors". After the recruitment, the citizens of RA were moved to the city of Colombo in Sri Lanka where one kidney of each donor was taken as a result of surgical intervention carried out under outpatient conditions. Each of the "donors" was paid 10,000 US dollars.

The payments were made in time, and taking into consideration the fact that all the "donors" were in difficult financial situation, they were not interested in informing the law enforcement bodies about harvesting their organs.

In the given case, the existence of mutually "beneficial" conditions as well as the financial vulnerability of the "donors" let us suppose that the trafficking of organs and the "black market" formed as a result of it are topical issues also for the Republic of Armenia as a potential supplier of organs and (or) tissues. This fact substantiates the need of research studies of the relevant articles of the RA Criminal Code, which prescribe liability for crimes against human dignity, life and health in the area of transplantation of human organs and (or) tissues, and to reveal and fill in the gaps existing in those articles.

II. The Peculiarities of Criminal Legal Qualification of Crimes Against Human Dignity Committed in the Area of Transplantation of Human Organs and (or) Tissues in the Republic of Armenia

According to Article 14 of the Constitution of RA, human dignity as the indispensable foundation of human rights and freedoms is respected and protected by the state.

It is not accepted to make human dignity as well as human life dependent on one's public importance, age, gender, convictions, etc. No circumstance, including a public negative opinion about a person, mental sickness, state of emergency, war, etc., can serve as a basis for the humiliation of dignity. Humiliation of human dignity means such a conduct of a person which defames another person, damages the reputation of that person, thus causing him/her moral sufferings.

One may speak about dignity in case when we deal with a person's human qualities, as dignity is exceptionally a human value and is not typical of other creatures. The only necessary and sufficient prerequisite of having dignity is the fact of being human; however, it is very important to realize that dignity is not a human quality as a type but is an individual quality.²

The recommendations adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (16.03.1969 A 2 327/88 and A 2 372/88, adopted on 16 March 1969) prescribe that in all cases the requirement to respect human dignity applies to human embryo; from this moment on human rights have essential significance.

Article 126 of the RA Criminal Code, in force until 1 March 2011, prescribed liability for forcing a person to donate body parts or tissues. By repealing Article 126 of the RA Criminal Code by Law HO-69-N of 1 March 2011, the legislature viewed harvesting of organs or tissues as human trafficking, which can be manifested through recruitment, transportation, transfer, harboring and receipt of persons for the purpose of exploitation as well as by human exploitation or putting or keeping in the state of

¹ Lecturer at the Chair of Criminal Law of the Law Faculty of Yerevan State University; PhD in Law; First Deputy Head of Judicial Department of the Republic of Armenia; Secretary of the Council of RA Courts' Chairmen

² See «Հայաստանի Հանրապետության Սահմանադրության մեկնաբանություններ», (Commentaries to the RA Constitution) ընդհանուր խմբագրությամբ Գ. Հարությունյանի, Ա. Վաղարշյանի, Երևան 2010, pp. 163-170.

exploitation (Paragraphs 1 and 4 of Article 132 of the RA Criminal Code):

According to Article 132 of the RA Criminal Code, recruitment may be carried out by choosing the victim, searching, registering, talking to him/her, etc. Using the vulnerability of the condition supposes using the situation when the victim has no alternative. Vulnerability may be caused by different reasons such as physical, mental, emotive, family, social or economic. Thus, we think that trafficking, including the trafficking by harvesting organs and (or) tissues, is considered to have been committed by making use of the vulnerable situation, when the victim as a result of different circumstances, including difficult socio-economic conditions of life, will have to meet the demands of the criminal.

With regard to forcing to donate human organs and (or) tissues, we think that such an act is subject to be qualified as an attempt of trafficking. Of course, in practice there exists also the viewpoint that forcing a person to give human organs and (or) tissues is subject to qualification as an attempt of exploitation. This approach is based on the distinction of the following concepts: “human exploitation”, “placing or keeping in the state of exploitation” and “trafficking”. In our opinion, however, such a distinction does not derive from the word for word interpretation of Paragraph 1 of Article 132 of the RA Criminal Code, according to which human exploitation, placing or keeping him in the state of exploitation are acts that constitute the objective side of trafficking, which are enumerated in the descriptive disposition as an act describing trafficking and, consequently, are not considered as a separate crime. As to the title of Article 132 of the RA Criminal Code “Human Trafficking and Exploitation”, it should be highlighted that according to Paragraph 3 of Article 86 of the RA Law on Legal Acts, “The heading of a legal act or of a section, chapter or article of a legal act may not be used for the interpretation of the legal act or the section, chapter or article of the legal act, respectively.” Thus, in case of forcing to give human organs and (or) tissues, we deal with an attempt of trafficking and not an attempt of exploitation.

III. The Peculiarities of Criminal Legal Qualification of Crimes Against Human Life Committed in the Area of Transplantation of Human Organs and (or) Tissues in the Republic of Armenia

The issue relating to the transplantation of human organs and (or) tissues, and in general, concerning the object of crimes against life is a subject of many disputes in legal literature and each of the authors interprets it on his/her own way.³ We think that each of the approaches

concerning the object of crimes against life interprets the object of crimes against life from its point of view and, of course, has the right to exist. However, in our opinion, in the current stage of the development of criminal law, S. B. Borodin’s approach is more applicable with respect to the object of crimes against life, according to which human life is the object of crimes against life which consists of not only biological processes but also social relations ensuring human activities and protecting his/her life.⁴

In criminal legal context, life exists during the period when a human is born and is not yet dead, that is, he/she continues to live⁵; however, the question of when life starts and when it ends is a controversial issue. Thus, Declaration on Therapeutic Abortions (Oslo, 1970) stipulates the principle of the respect of the physician towards human life starting from the moment of fertilization. Within the framework of this approach, we think that the start of human life is related to the fact of fertilization.

The approaches expressed in criminal legal literature, however, differ from those existing in the medical domain.⁶

A. A. Jijilenko finds that starting from childbirth, especially if a part of the body of a newborn child comes out of the mother’s womb, one may speak about human birth.⁷ A similar approach is expressed by SH. S. Rashkovskaya⁸, E. F. Pobegaylo⁹, N. I. Zagorodnikov¹⁰ and other authors who connect the start of human life with the start of physiological birth, which shows that the fetus has matured and

(Crimes against Life According to USSR Criminal Law) М.: Госюриздат, 1961, p. 30, Коржанский Н. Объект и предмет уголовно-правовой охраны. (The Object and Subject of Criminal legal Protection) – М.: Академия МВД СССР, 1980, p. 36, Красиков А. Сущность и значение потерпевшего в современном уголовном праве. (The Essence and Significance of the Victim in the Modern Criminal Law.) – Саратов: СГУ, 1976, p. 2, Здравомыслов Б. Уголовное право РФ. Особенная часть. (Criminal Law of the Russian Federation. Special Part) М., Юристъ, 1999, p. 122.

⁴ See, Бородин С. Преступления против жизни. (Crimes against Life) М.: Юрист, 1999, p. 175.

⁵ See, Հայաստանի Հանրապետության քրեական իրավունք: Հատուկ մաս (հինգերորդ հրատարակություն փոփոխություններով և լրացումներով) (the RA Criminal Law. Special Part. (5th volume with amendments and additions)) / Երևանի ցեն. համալս. – Եր., ԵՊՀ հրատ., 2011, p. 38.

⁶ See, in particular, Уголовное право России. Особенная часть (Criminal Law of Russia. General Part) / Под ред. Б.В. Здравомыслова. М., Юристъ, 1996, 1996, p. 20, Таганцев Н. О преступлениях против жизни по русскому праву. (Crimes against Life According to the Russian Law) Т. 1, СПб.: Тип. Н.А. Неклюдова, 1870, Познышев С. Очерк основных начал науки уголовного права. (Outline of the Basic Principles of Criminal Law) Ч. 1–2. – М.: Изд-во Наркомюста, 1923, p. 6, Шаргородский М. Преступления против жизни и здоровья. (Crimes against Life and Health) М., Юрид. изд.-во МЮ СССР 1947, p. 59.

⁷ See, Жижиленко А. Преступления против личности. (Crimes Against Personality) М.: ГИЗ, 1927.

⁸ See, Рашковская Ш. Советское уголовное право: Преступления против жизни, здоровья, свободы, чести и достоинства личности. Часть особенная, (USSR Criminal Law: Crimes Against Life, Health, Freedom, Honor and Dignity. Special Part) под общ. ред. Васильев А.Н.- М., 1959, p. 9.

⁹ See, Побегайло Э. Умышленные убийства и борьба с ними. Уголовно-правовое и криминологическое исследование. (Intentional Murder and Struggle Against Them. Criminal legal and Criminological Research) – Воронеж, изд.-во Воронеж. ун-та, 1965, p. 12.

¹⁰ See, Загородников Н. Преступления против жизни по советскому уголовному праву, (Crimes Against Life According to the USSR Criminal Law) М.: Госюриздат, 1961, p. 35.

³ See, in particular, Никифоров Б. Объект преступления по советскому уголовному праву. (Object of Crime According to USSR Criminal Law) – М., 1960, p. 22, Загородников Н. Преступления против жизни по советскому уголовному праву,

has acquired characteristics necessary for the life out of womb. According to G. N. Borzenkov, human life starts from the moment of childbirth, however, as childbirth itself has certain duration in time and several stages, the start of childbirth is considered the start of physiological childbirth.¹¹ This approach concerning the start of human life, we can say, is of prevailing importance in the present day doctrine of criminal law and is essential for the qualification of crimes against human life. However, there exists the question of whether it is applicable to the transplantation of human organs and (or) tissues when qualifying crimes encroaching upon life.

According to the statement made in the session on bioethical matters of the Council of Europe (April 1996), the embryo starting from the 14th day after the fertilization is considered as human being: it is neither an organ, nor a part of mother's organ.¹²

With respect to the clarification of the object of crimes against human life, including those concerning the transplantation of human organs and (or) tissues, the question of the moment of death is important. According to the approach based on the data of modern medicine, the moment of the end of human life is the moment of the biological death when after the termination of heart function the irreversible breakdown of brain cells starts. The point is that heart can be revived within a few hours after the termination of its function, moreover, it is possible to do a transplantation surgery of heart while maintaining the activities of a human organism via equipment; however, the death of brain cells, i.e., brain death is an irreversible process.

It is interesting that the moment of the termination of life has been interpreted differently during different periods. Initially, termination of human life was considered the moment when respiration stops, heart stops, and the functions of central nervous system are eliminated. In 1977, the USSR Health Ministry adopted a temporary precept, which stipulated the conditions permitting to determine the biological death and to take kidneys for transplantation. According to this document, life termination is related to the moment of biological death, and in order to determine the latter the precept prescribed a quite wide range of characteristics. In 1985, the USSR Health Ministry adopted a new document, a temporary precept concerning the recording of the fact of brain death, which was approved as a permanent guide concerning the recording of the fact of brain death by the decree № 236 of 17 February 1987, issued by the USSR Ministry of Health. Both documents stipulated the concept of brain death as a criterion of death of a human being.

In Article 1 of the RA Law on the Transplantation of Human Organs and (or) Tissues, the death of brain is characterized as a complete and irreversible termination of brain activities, even if registered while being placed on artificial ventilation of lungs and the heart is functioning. The death of brain is equal to human death.

In 1980, due to the joint efforts of doctors, lawyers, legislators and church representatives, "the Uniform Determination of Death Act" was adopted in the USA where for the first time the legal definition of death was given. Thus, according to the aforementioned law, an individual who has sustained either irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead. Deriving from the presented approaches and descriptions, one may assume that "human death" and "brain death" are equivalents¹³. Hence, it is logical that starting from the 80s of the last century there came up a need to develop diagnostic criteria which would allow to diagnose brain death in the most reliable way. In modern medicine, the diagnostic criteria developed by Harvard Medical School are widely applied.¹⁴

Besides the criteria of the Harvard Medical School, there exist criteria developed by Medical Association of Minnesota, American Neurological Association, a number of research groups as well as the royal colleges and faculties of Great Britain, Scandinavian countries (Denmark, Sweden, and Finland) as well as Japanese researchers.

According to Article 8 of the RA Law on the Transplantation of Human Organs and (or) Tissues, "The fact of brain death is confirmed by the Medical Commission, the composition of which and the procedure of activities are defined by the authorized body. The Medical Commission may not include doctors who carry out transplantation or other persons who deal with the transplantation."

The Sub-paragraph 14 of Paragraph 2 of Article 104 of the RA Criminal Code prescribes liability for murder committed with aggravating circumstances, that is, murder for the utilization of the victim's body parts and tissues. The subject of the given crime is common, viz., a natural person who has reached 14 years of age. When qualifying the act as murder for the utilization of the victim's body parts and tissues, the personality of the criminal, his/her profession, position and other facts are of no importance. That is, even if a doctor intentionally deprives the patient from life for using his/her organs and (or) tissues, his/her act is subject to qualification as a murder with aggravating circumstances. In a similar way, the incurability of the pa-

¹¹ See, Борзенков Г. Квалификация преступлений против жизни и здоровья. Учебно-практическое пособие. (Qualification of Crimes against Life and Health. Practical Teaching Guide) – М.: Зерцало, 2005, p. 21.

¹² See, Попов А. Убийство матерью своего новорожденного ребенка. (The Murder of a Newborn Child by the Mother) – СПб.: Петерб. Юрид. Ин-т Ген. Прокуратуры РФ, 2001, p. 12.

¹³ See, Розенталь Р., Соболев В., Сондоре А. Донорство в трансплантации органов. (Donation in the Transplantation of Organs) – Рига: Звайгзне, 1987. – p. 166, Barhard C.H. The Operation: A Human Cardiac Transplantation, an interim report of a successful operation performed at Groote Schuur Hospital, Cape Town. South Afr. Med. J., 1967. – Vol. 42. – p. 1271.

¹⁴ See, Robertson J. // Circulation. – 1987. – Vol. 75. – №1. – pp.146-156.

tient's sickness or doctor's desire to save someone else's life is of no significance.

As already mentioned, human life is the object of crimes against life, and its criminal legal protection ceases with the biological death of the human being. That is, one may not speak about murder if the person has already died; in similar way, one may not commit murder for the utilization of the victim's body parts and tissues if the victim is already dead. In our opinion, in such a case the person must be criminally liable for the encroachment of a useless object if he/she did not realize that the victim was dead. That is, the person's act in this case must be viewed as an attempt of murder for the utilization of the victim's body parts or tissues.

In case of realizing the fact of being dead, the question of the person's liability is controversial. At first sight, it seems that the person is liable under Article 265 of the RA Criminal Code, which, *inter alia*, prescribes criminal liability for disrespect to a corpse. However, subjectively, disrespect to a corpse is characterized by direct intention, and, objectively, it is the commitment of such an act against the corpse that is offensive for the memory of the deceased person.¹⁵ That is, the person realizes that he/she commits an act against the corpse which is offensive for the dead person, and in this context a question rises about whether the person, harvesting illegally the body parts or tissues of the corpse, insults the memory of the deceased person by his/her actions.

In order to answer the given question, it is necessary to pay attention to the fact that respectful treatment and disrespect are rather moral categories and express a person's attitude towards another person, including attitude towards his/her memory¹⁶, and it is not by chance that the public relations ensuring morality are the object of the *corpus delicti* prescribed by Article 265 of the RA Criminal. It may happen also that the person illegally harvesting the body parts or tissues of the corpse has no attitude towards the memory of the corpse; he/she may have not known that person at all when he/she was alive. Thus, we think that in such cases the objective and subjective characteristics of *corpus delicti* are absent in the person's action and his/her action cannot be qualified under Article 265 of the RA Criminal Code.

Based on the above remarks, we think that there exists a legislative gap with respect to criminal liability for har-

vesting illegally the organs and (or) tissues of a corpse and a separate *corpus delicti* must be prescribed in the RA Criminal Code, which will foresee liability for the committal of illegal actions towards a corpse, including harvesting organs and (or) tissues and their trade through the violation of the procedure prescribed by law.

From an objective point of view, murder for the utilization of body parts or tissues is manifested in depriving illegally someone from life and is considered finished at the moment of the victim's death. As to the utilization of the organs and (or) tissues after the murder, the action is subject to qualification under Sub-paragraph 14 of Paragraph 2 of Article 104 of the RA Criminal Code even in cases when the criminal does not manage to use the victim's body parts or tissue after having murdered. The given approach is based on the word for word interpretation of the above-cited article of the RA Criminal Code. The point is that the criminal law uses the definition of "for the utilization of the victim's body parts and tissues", which means that at legislative level not the fact of using but the purpose of using is highlighted. We think that, using the same logic, a person is criminally liable for the murder with the purpose of using the victim's body parts or tissues if he/she has killed the victim but has not taken or has not managed to take the victim's organ and (or) tissue.

In this respect, we think that the case of co-performance with a prior agreement or the committal of the crime by an organized group is of particular interest. In our opinion, in this case the action must be qualified as committed by the co-performance of a group of individuals with a prior agreement or by an organized group, a murder with the purpose of using the victim's body parts or tissues, if the harvesting of the victim's body parts or tissues was included in the intention of the co-perpetrators or the members of the group. However, in case if the members of the group or co-perpetrators do not know about each others' actions (for example, when one person commits a murder without knowing that the organ and (or) tissue of the murdered person will be taken, and the other takes the organ and (or) tissue without realizing that the victim was murdered for that purpose), then the action of the first co-perpetrator must be qualified as a simple murder, whereas in the act of the second co-perpetrator there is no *corpus delicti*, in fact, if he has not disrespected the corpse. It should be highlighted that in case of co-performance with a prior agreement, the given situation is hardly possible. However, in case of organized groups, where there are several co-perpetrators, committing of such crime(s) does not seem impossible.

¹⁵ For the analysis of *corpus delicti* in relation to disrespect towards corpse and burial places in the criminal law of the Republic of Armenia see Հայաստանի Հանրապետության քրեական իրավունք: Հատուկ մաս (իինգերորդ հրատարակությունն փոփոխություններով և լրացումներով) (the RA Criminal Law. Special Part. (5th volume with amendments and additions)) / Երևանի պետ. համալս. – Եր., ԵՊՀ հրատ., 2011, p. 637.

¹⁶ According to E. D. Aghayan's Modern Armenian Explanatory Dictionary, respect is a sense of honor, praise towards someone according to his values, merits. See, ²ղայան Է. Դ. Արդի հայերենի բացատրական բառարան, 2 հատոր, (E. D. Aghayan's Modern Armenian Explanatory Dictionary, Volume 2) «Հայաստան» Հրատարակչություն, Երևան 1976.

IV. The Peculiarities of Criminal Legal Qualification of Crimes Against Human Health Committed in the Area of Transplantation of Human Organs and (or) Tissues in the Republic of Armenia

Public relations ensuring human health are the immediate object of the crime prescribed by Sub-paragraph 13 of Paragraph 2 of Article 112 and Paragraph 1 of Article 125 of the RA Criminal Code.

Health is such a physiological state of human organism when all its systems, parts and organs function in a normal way. In the preamble of the World Health Organization Charter, health is described as “a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or physical infirmity.” It should be mentioned that this description is not accepted as definitive and is subjected to criticism in legal as well as medical literature.¹⁷ In our opinion, health must be viewed as non-material value, which is typical of every person starting from his/her birth and does not depend on concrete social relations a person deals with during his/her existence in the society. That is, from the point of view of the object of criminal legal protection, health is a non-material value that is characterized by human physical and mental well-being.

Human right to health is stipulated in Article 38 of the RA Constitution. The interpretation of this constitutional provision shows that the right to health is composed of two groups of rights or elements. One group refers to the right to receive medical care and services by persons who have health problems, and the second group refers to the right to ensuring the prerequisites for health.

Transplantation of human organs and (or) tissues is among the medical activities aimed at the implementation of the rights of the first group.¹⁸

Sub-paragraph 13 of Paragraph 2 of Article 112 of the RA Criminal Code prescribes liability for intentionally inflicting serious damage to health for the utilization of the victim's body parts and tissues. It is one of the most dangerous crimes against health. As already mentioned, the

object of this crime is the social relations aimed at ensuring human health regardless of a person's health condition or its individual peculiarities.

Intentionally inflicting serious damage to health for the purpose of using the victims' body parts or tissues is manifested, first of all, by inflicting serious damage to a person's health in order to make it possible to take his/her certain organ (tissue), and secondly, by harvesting any organ (tissue) by force. Intentionally inflicting serious damage to health for the utilization of the victim's body parts and tissues is considered to be completed starting from the moment of inflicting serious damage to his/her health regardless of the fact whether the criminal has taken or used the victim's body part or tissue.

From the point of view of criminal qualification, the case of intentionally inflicting serious damage to health for the utilization of the victim's body parts and tissues where the victim dies as a result of harvesting the body part or tissue is of particular interest. We think that several scenarios should be discussed in this respect. Thus, if the person who committed a crime shows negligence towards the victim when harvesting his/her organ and (or) tissue, we think that the action must be qualified as intentionally inflicting serious damage to health which has caused the victim's death as a result of negligence. In case if the person who committed the crime shows indirect intention with respect to the victim's death when harvesting his/her organ and (or) tissue, the action must be qualified as murder. In our opinion, however, in case of such qualification, the fact of harvesting the victim's organ and (or) tissue is not properly assessed. We think that qualifying the given action under Sub-paragraph 14 of Paragraph 2 of Article 104 of the RA Criminal Code is not right either. Because, as already mentioned, the cited article refers to the aim of using the victim's body parts or tissues, but the murder is committed before harvesting the organ or tissue. Thus, it is not possible to give due legal assessment to the causing of death of the victim with an indirect intention when harvesting his/her organ and (or) tissue.

The subject of the corpus delicti stipulated in Article 125 of the RA Criminal Code is special, i.e., only a person who bears the responsibility, as prescribed by law, to comply with the procedure and conditions for harvesting or transplanting a part of body or tissue of a human being can be a subject of that corpus delicti.

According to Paragraph 17 of the RA Government's decision № 1260-N adopted on the basis of Article 4 of the RA Law on the Transplantation of Human Organs and (or) Tissues, the transplantation of organs and (or) tissues may be carried out only by a doctor, intermediate or junior medical personnel having relevant preparedness. In case of the corpse of a donor, the given medical staff cannot include doctors who have participated in the approval of the brain death of the donor.

¹⁷ See, in particular, Шевчук С. Правовой механизм ограничения личных неимущественных прав граждан в сфере здравоохранения. (The Legal Mechanism of Restriction of Non-material Rights of the Citizens in the Health Sector) Ставрополь, 2004, p. 24, Авдеев М. Судебно-медицинская экспертиза живых лиц. (Forensic Examination of Live Persons) М., 1998, p. 130, Популярная медицинская энциклопедия (Popular Medical Encyclopedia) /Под ред. Б.Б. Петровского. М., 1979, p. 225, Никифоров А. Ответственность за телесные повреждения по советскому уголовному праву. (Liability for the Infliction of Bodily Damage According to the USSR Criminal Law) М., 1959, p. 14, Дубовец П. Ответственность за телесные повреждения по советскому уголовному праву. (Liability for the Infliction of Bodily Damage According to the USSR Criminal Law) М., 1964, p. 14, Загородников Н. Преступления против жизни по советскому уголовному праву. (Crimes Against Life According to the USSR Criminal Law) М.: Госюриздат, 1961, p. 16

¹⁸ See, Հայաստանի Հանրապետության քրեական իրավունք: Հատուկ մաս (հինգերորդ հրատարակություն փոփոխություններով և լրացումներով) (The Criminal Law of the Republic of Armenia. Special Part. (5th volume with amendments and additions)) / Երևանի պետ. համալս. – Եր., ԵՊՀ հրատ., 2011, pp. 188, 199, 208-209.

In our opinion, the cited concept is very general and needs to be clarified, especially the formulation of “doctor with relevant preparedness”, as well as the question of whether intermediate or junior medical staff is competent to carry out the transplantation of the taken organs and (or) tissues. Thus, from linguistic point of view, a doctor is characterized as a person with high medical education, a medical specialist.¹⁹ Doctors of all specializations, including the surgeons who perform transplantation surgery,²⁰ are considered subjects of medical activities.²¹ Medical activities consist of medical aid and medical service.

The analysis of the provision stipulated in Paragraph 1 of Article 1 of the RA Law on Medical Aid and Services to the Population shows that the law does not distinguish between the concepts “medical aid” and “medical service”. In our opinion, medical aid as a content of medical activities should be distinguished from medical service as a form of medical activities.

Medical aid is a whole range of medical preventive activities in case of diseases, injuries, intoxication as well as during childbirth, carried out by persons having high or intermediate medical professional education.²²

Medical service is an independent field within the service of people. Therefore, we think that there is a need to distinguish “medical aid” and “medical service” concepts in the RA Law on Medical aid and Services to the Population. In our opinion, only a natural person having only high or intermediate medical education can be the subject of medical aid and service.

The aforementioned remarks refer to the transplantation of already taken organs and (or) tissues. However, the analysis of Article 125 of the RA criminal Code shows that it prescribes liability not only for the transplantation of organs and (or) tissues but also for violating the conditions and procedure prescribed by law for harvesting parts of human body or tissues. Thus, there is also a need to clarify who is authorized to take organs and (or) tissues from live or corpse donors. Therefore, Paragraph 9 of the RA Government decision defines the scope of persons

who are authorized to take organs and (or) tissues from a live donor for transplantation, which, in our opinion, needs to be specified. In particular, there is a need to enumerate those who are included in the medical profession, who take organs and (or) tissues from a live donor for transplantation. In this respect, it should be underlined that, unlike a live donor, the members of the medical personnel who take organs and (or) tissues from a corpse donor for transplantation are enumerated. Moreover, the person having high medical education who directly performs the function of harvesting organs and (or) tissues from a live or a corpse donor for transplantation must be distinguished from other members of medical profession, who just contribute to the performance of the transplantation surgery.

The above-mentioned analysis allows us to conclude that within the scope of Article 125 of the RA Criminal Code in force, the person with high medical education must be viewed as the subject of this crime who, based on an agreement, works with a licensed medical institution aimed at providing relevant medical aid and service. Thus, in case if the organ and (or) tissues are taken or transplanted by a person, who is not a special subject as prescribed in Article 125 of the RA Criminal Code, and as result of it inflicts a damage to the donor’s or recipient’s health by negligence, the action is qualified under Article 280 of the RA Criminal Code as carrying out private medical activities without state registration, state record, or special permit (license).

With respect to the subject of the corpus delicti prescribed by Article 125 of the RA Criminal Code, it should be underlined that the doctor performing transplantation surgery is not a public official.²³ We think that this approach is applicable also in case when the doctor performing a transplantation surgery holds a certain position in the medical institution. Our opinion is based on the fact that the performance of transplantation surgery is a performance of professional duties and not organizational disciplinary or administrative economic duties.

V. Conclusion

Based on the analysis carried out within the framework of this article the following is suggested:

1. To prescribe a separate corpus delicti in the RA Criminal Code which will define liability for the illegal actions against a corpse, including harvesting of organs and (or) tissues and their trade by violating the procedure prescribed by law.
2. To prescribe a separate corpus delicti in the RA Criminal Code that will define liability for the illegal trade of organs, tissues as well as embryos.

¹⁹ See, Աղայան Է.Ռ. Արդի հայերենի բացատրական բառարան, Հատոր 1, (E. D. Aghayan’s Modern Armenian Explanatory Dictionary, Volume 1) «Հայաստան» Հրատարակչություն, Երևան 1976, p. 191.

²⁰ Transplantation of human organs and (or) tissues is an independent branch of surgery. In professional literature, it is also called reconstructive surgery. See, «Հանրամատչելի բժշկական հանրագիտարան»- (Popular Medical Encyclopedia) Եր.: Հայկ. հանրագիտարանի գլխ. խմբ., 2001, p. 684. Surgery is a section of clinical medicine. See, Петров С. Общая хирургия.-СПб.: (General Surgery) Издательство “Лань”, 1999, p. 13. Surgeon is a specialist with a high medical education, doctor who has obtained a surgeon’s license: see about this, «Հանրամատչելի բժշկական հանրագիտարան»-Եր.: (Popular Medical Encyclopedia) Հայկ. հանրագիտարանի գլխ. խմբ., 2001, p. 103, Петров С. Общая хирургия.-СПб.: Издательство “Лань”, 1999, p. 22.

²¹ The term “medical activities”, however, is applied in the RA Criminal code in force only in Article 280, which prescribes liability for private medical or pharmaceutical illegal practice as well as manufacture or sale of counterfeit drugs.

²² See, Энциклопедический словарь медицинских терминов. (Encyclopedic Dictionary of Medical Terms) М., 1983, p.156.

²³ See, Дегель П. Об уголовной ответственности врачей // (About Doctors’ Criminal Liability) Советская юстиция. – 1964. – №10, p. 14.

3. To formulate Sub-paragraph 14 of Paragraph 2 of Article 104 with the following wording:
“Article 104. Murder
2. Murder:
14) for the purpose of harvesting the victim’s organs and (or) tissues.”
4. To formulate Sub-paragraph 13 of Paragraph 2 of Article 112 of the RA Criminal Code with the following wording:
“Article 112. Intentional Infliction of Heavy Damage to Health
2. The same action committed:
13) for the purpose of harvesting victim’s organs and (or) tissues.”
5. To add a Sub-paragraph 8 to Paragraph 2 of Article 113 of the RA Criminal Code with the following content:
“Article 113. Intentional Infliction of Medium-grave Damage to Health
2. The same action committed:
8) for the purpose of harvesting victim’s organs and (or) tissues.”
6. To add a Paragraph 2 to Article 117 of the RA Criminal Code with the following content:
“Article 117. Intentional Infliction of Non-grave Damage to Health
2. Infliction of intentional body harm or other damage to health in order to take the victim’s tissues which caused short-term health disorder or insignificant loss of capacity to work.”
7. To formulate Article 125 of the RA Criminal Code with the following wording:
“Article 125: Breach of Rules for Transplantation Surgery:
1. Breach of procedure and conditions envisaged by law for harvesting or transplantation of parts of human body or tissues, which through negligence caused grave or medium-grave damage to the donor of the parts of the body or tissues or to the recipient.
2. The same action, which:
1) caused death of the donor or recipient of the organs and (or) tissues through negligence;
2) was committed out of mercenary motives;
3) was committed against a helpless person.”
8. To prescribe Article 125¹ in the RA Criminal Code with the following content:
“Article 125¹. Contributing to the Breach of Rules of Transplantation Surgery
1. Contributing to the breach of procedure and conditions envisaged by law for harvesting or transplantation of parts of human body or tissues, which through negligence caused grave or medium-grave damage to the donor of the parts of the body or tissues or to the recipient.
2. The same action, which:
1) caused death of the donor or recipient of the organs and (or) tissues through negligence;
2) was committed out of mercenary motives;
3) was committed against a helpless person.”
The subject of the above-suggested Article 125¹ shall be:
a) persons with high or intermediate medical education who carry out their professional activities either as natural persons or sole proprietors providing the population with certain types of medical aid and service, and licensed in accordance with the procedure prescribed by the RA legislation, or persons who, based on an agreement, work with legal entities or organizations (medical institutions) which do not have a status of legal entity, which provide certain types of medical aid and services to the population and which are licensed in accordance with the procedure prescribed by the RA legislation; and
b) every sane natural person who has reached the age of 16.
Moreover, we think that there is a need to
9. Unify the terminology of legislative and sub-legislative acts concerning the transplantation of human organs and (or) tissues and the relevant articles of the RA Criminal Code.
10. Distinguish between the concepts “medical aid” and “medical service” in the RA Law on Medical Aid and Services to the Population and formulate Paragraph 1 of Article 1 of the cited law with the following wording:
“Medical aid: a whole of medical preventive activities carried out by persons having high or intermediate medical professional education.
Medical service: providing the patient with medical aid with or, in separate cases, without charge, as well as providing medical expertise and paramedical and other services of non-medical nature.”
Formulate Paragraph 2 of Article 1 of the RA Law on Medical Aid and Services to the Population with the following wording:
“Medical aid and services are provided by persons with high or intermediate medical education who carry out their professional activities either as natural persons or sole proprietors providing the population with certain types of medical aid and service, licensed in accordance with the procedure prescribed by the RA legislation, or persons who, based on an agreement, work with legal entities or organizations (medical institutions) which do not have a status of legal entity which provide certain types of medical aid and services to the population and which are licensed in accordance with the procedure prescribed by the RA legislation regardless of the organizational legal type of the latter and the form of their ownership.”

Certain Issues with Respect to the Institution of Statute of Limitations Prescribed by Armenian and Foreign Criminal Legislations

I. Introduction

Within the framework of this article, certain controversial issues are examined with respect to the statute of limitations of criminal liability prescribed by the Republic of Armenia (hereafter “RA”) Criminal Code. A number of legal comparisons, analyses between the criminal legislation of the Republic of Armenia and the criminal legislations of the Russian Federation, Poland, Germany and other countries have been carried out within the framework of this article. It is a fact that depending on the nature of the action and the degree of its danger to the public, different limitation periods are prescribed in relation to criminal liability, in case of the expiry thereof, in fact, the action loses its dangerousness. As a result, with the application of the institution of statute of limitations one is exempted from criminal liability. In our opinion, the lack of disclosure of the accused within appropriate terms and without holding him/her criminally liable according to the procedure prescribed by law should be considered as the omission of the competent bodies. It is obvious that the state has a positive obligation to discover, uncover and prevent (to hold criminally liable) crimes. Consequently, when a person, who committed a crime that is forbidden by the criminal legislation, is given a possibility to be exempted from liability on the grounds of the expiry of statutory period of limitation, it implies that the competent bodies have not managed to fulfill the obligation imposed on them, thus violating the lawful and legitimate interests of the victim.

Highlighting the importance of the liberalization of the criminal law, we believe that with respect to the statute of limitations a strict criminal policy must be carried out, in particular, stipulating that the statutory periods of limitation must not be applied in relation to individuals for committing crime for which life imprisonment is imposed. It is noteworthy that a number of European countries have adopted a similar approach.

II. The Characteristics of the Institution of Exemption from Criminal Liability as a Result of the Expiry of the Statute of Limitations and the International Practice Related to it

The institution of the exemption from criminal liability as a result of the expiry of the statute of limitations plays a key role in criminal law. According to a number of Russian jurists (Rarog, Naumov, Komisarov, etc.), the institution of statute of limitations presupposes the imposition of certain limitation periods for holding a person criminally liable following the committal of a crime prescribed by law, because of which holding the relevant person, who committed the crime, criminally liable becomes inefficient.² According to the British jurist Courtney Stanhope Kenny, the application of the statute of limitations is just the manifestation of the goodwill of the state. The latter believed that the principle of *nullum tempus occurrit regi*, which has been adopted by Great Britain since the 13th century, and which, in fact, means that the state is not constrained by any time, is more efficient.³ It is noteworthy that this principle has remained almost unchanged in the Great Britain, that is, with the exception of some non-grave and medium-grave crimes, the statute of limitations does not apply to all other crimes.⁴ Some of the reputable jurists of Armenia have presented the approach according to which the ground for statutory limitation for holding criminally liable is the fact that after the expiry of the prescribed limitation period, the committed specific crime and the person who committed it lose their dangerousness, which serves as a ground for the exemption of the person from criminal liability.⁵

According to the Republic of Armenia’s Criminal Code, including the relevant provisions of the RA Criminal Procedure Code, the expiry of the statute of limitations serves as a ground for the exemption of a person from criminal liability. Thus, Article 75 of the Code defines a general rule according to which the exemption of a person from criminal liability as a result of the expiry of the statute of limitations is applied regardless of the discretion of inquest, preliminary investigation or the court (unless the person commits a new grave, medium-grave or particularly grave crime before the expiry of the limitation period). There are two types of exceptions to this rule: imperative and dispositive. The imperative type is prescribed by the sixth paragraph of Article 75 of the Code according to which “The expiry of the statute of limitations is not applicable to persons who committed crimes against peace and human security

¹ Advisor to the President of the RA Constitutional Court; lecturer at the Department of Criminal and Criminal Procedure Law of the Russian-Armenian (Slavonic) University; Candidate of Law.

² Уголовное право России (Russian Criminal Law). Общая часть/ Под ред. А.И. Рагога- 3-е изд., с изм. и доп. – М.: Эксмо, 2009. – 387 С.

³ Kenney’s Outlines of Criminal Law (Turner ed. 1952), p. 635

⁴ Idem pp. 636-638

⁵ Հայաստանի Հանրապետության քրեական իրավունք (The RA Criminal Law: General Part): Ընդհանուր մաս (վեցերորդ հրատարակություն՝ փոփոխություններով և լրացումներով). Ս. Առաքելյան, Ա. Գաբուզյան, Շ. Խաչիկյան և ուրիշ. – Եր: ԵՊՀ իրատ., 2012 – ք. 474

envisaged in Articles 384, 386-391, and 393-397 of this Code. Statutory periods of limitation are also not applied to the persons who committed crimes envisaged in the RA international agreements, provided the agreement prohibits the application of the statutory period of limitation.” The aforementioned regulation excludes the application of the statute of limitations in case of the above-mentioned crimes. At the same time, the fifth paragraph of the same article defines the exception to the general rule of the application of the statute of limitations in the form of a relevant dispositive norm, which is, “The court decides the issue of application of the statute of limitations to a person who committed a crime punishable by life imprisonment. If the court does not deem it possible to exempt the person from criminal liability due to the expiry of the statutory limitation period, the life sentence is not applied.”

III. The Issues Resulting from the Application of Statutory Period of Limitations

Thus, the 5th paragraph of Article 75 of the Code defines a regulation which makes the institution of application of the statute of limitations directly dependent on the wide discretion of the court which is mainly conditioned by the incomplete certainty of the regulation and the lack of description of the criteria typical to the institution of statutory period of limitations.

The legislation, defining that the issue of application of the statute of limitations to a person who committed a crime punishable by life is decided by the court within the framework of the regulations prescribed by Article 75 of the Criminal Code, has not defined clear and foreseeable criteria, which must guide the court, or the circumstances which must be taken into consideration by the court when making decisions. At the same time, it should be taken into consideration that the third paragraph of Article 102 of the RA Criminal Procedure Code defines that the decisions in relation to the motions presented by the parties and the claims of the persons participating in the criminal proceeding must be reasoned. This is a clear requirement of the criminal procedure and does not endow the court with any discretion. It should be also noted that when defining the issue of the application of the 5th paragraph of Article 75 of the Criminal Code, the court must be guided also by Articles 60-63 of the Code (These articles deal with life imprisonment, general principles of imposing a sentence, mitigating circumstances of liability and punishment, and aggravating circumstances of liability and punishment). The above-enumerated legislative safeguards aim at ensuring that the courts in all cases, including when discussing the issue concerning statute of limitations, must make reasoned decisions. However, in spite of the above-mentioned legislative safeguards, we think that in order to ensure the clarity and predictability of the 5th paragraph of Article 75 of the Criminal Code, there was a need to

foresee criteria specifically concerning the statutory period of limitations, as the legislation has done in case of other criminal legal institutions such as necessary defense, urgent necessity, effective repentance, etc.

Russian jurist Savelyeva had stated that the general prevention of crimes is efficient in those cases when the principle of inevitability of liability⁶ is implied unconditionally in relation to a person who committed a crime. The introduction of Recommendation N° R (85) 11 on the position of the victim in the framework of criminal law and the procedure adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe highlights that the main function of criminal justice must be the satisfaction of the victim's claims and the protection of his/her interests.⁷ We believe that the institution of statute of limitations at some extent contradicts the above-mentioned principle and leads to the incomplete protection of the victim's interests. However, as it is accepted in the theory of criminal law, the legal ground of application of statute of limitations is the fact that after the expiry of the prescribed limitation periods the committed specific crime and the person who committed it lose their dangerousness, which serves as a ground for the exemption of the person from the criminal liability.⁸ The RA Cassation Court expressed the following position with respect to the case concerning Anahit Saghatlyan: “According to criminal legislation, depending on the nature of the crime and the degree of public dangerousness, different limitation periods are prescribed in relation to criminal liability, in case of the expiry thereof, the crime loses its dangerousness, and the person is exempted from criminal liability.”⁹ This approach is acceptable also for us. However, it should be mentioned that the lack of disclosure of the person within appropriate terms and without holding him/her criminally liable according to the procedure prescribed by law is the omission of the competent bodies. It is obvious that the state has a positive obligation to discover, uncover and prevent (hold criminally liable) crimes. Consequently, in cases when a person, having committed a crime forbidden by the criminal legislation, is given a possibility to be exempted from liability on the grounds of the expiry of statutory period of limitations, it also implies that the competent bodies have not managed to fulfill their positive obligation thus violating the lawful interests of the victim. In its verdict 28-П of 11 November 2014, the Constitutional Court of the Russian Federation referred to

⁶ Савельева В.С. Освобождение от уголовной ответственности // Уголовное право Российской Федерации (Savelyev V.S., Exemption from Criminal Liability // Criminal Law of the Russian Federation: General Part). Общая часть. М., 1996. С. 435 – 436.

⁷ The Resolution № 40/43 concerning “The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power» adopted by the UN General Assembly on 29 November 1985.

⁸ Уголовное право России (Criminal Law of Russia). Общая часть/ Под ред. А.И. Рапога- 3-е изд., с изм. и доп. – М.: Эксмо, 2009. – 388 С.

⁹ See the 24th paragraph of the decision № 9-15/0022/01/10 of the Cassation Court of 20 October 2011 on the case of Anahit Saghatlyan.

the above-mentioned issue concerning the statute of limitations and found that persons, whose claims were not investigated within a reasonable period regardless of the fact that the latter were given the procedural status of a victim or not, must have a possibility to apply to the court with the claim of compensation of non-pecuniary damage.¹⁰

IV. The Issues of Application of the Statute of Limitations in Case of Crimes Punishable by Life Imprisonment and the Necessity to Make Relevant Amendments to the RA Criminal Code

It should be mentioned that the study of both the RA Criminal Code and the international practice shows that there are certain exceptions to the application of the statutory period of limitations.

In international law, it is accepted that in case of some particularly grave crimes the application of the statute of limitations is not permissible. Appropriate regulations in relation to the above-mentioned are presented in the UN Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, which entered into force on 11 November 1970. Since 23 June 1993, the Republic of Armenia has been a State Party to the above-mentioned convention, unconditionally accepting the complete protection and implementation of all those provisions. According to Article 1 of the Convention, no statutory limitation shall apply to war crimes and crimes against humanity, irrespective of the date of their commission. Moreover, according to Article 4 of the Convention, state parties are obliged to adopt any legislative or other measures commensurate with the constitutional procedure in order to ensure the non-applicability of statutory and other periods of limitations against the crimes, which are mentioned in the Convention.

The Republic of Armenia, represented by the National Assembly, in the sixth paragraph of Article 75 of the RA Criminal Code, adopted on 18 April 2003, stipulated the following: "The expiry of the statute of limitations is not applicable to persons who committed crimes against peace and human security envisaged in Articles 384, 386-391, and 393-397 of this Code. Statutory periods of limitations are not applied to persons who committed crimes envisaged in the RA international agreements, provided the agreement prohibits the application of the statutory period of limitations."

Thus, the Republic of Armenia has realized the commitment prescribed by Articles 1 and 4 of the Convention. Such a regulation is prescribed also by the Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, and the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity.

As to the study of the relevant criminal legislations of different states, it should be mentioned that the regulations on the statute of limitations defined by Article 77 of the CIS Model Criminal Code are almost identically stipulated in the criminal codes of the Republic of Armenia, the Russian Federation, as well as Ukraine, Tajikistan, Kyrgyzstan, and the Republic of Belarus.

At the same time, Germany, Austria, Switzerland, and Hungary also, in general, envisage similar regulations, however, with one main difference. The criminal legislations of the mentioned countries not only envisage the obligation prescribed by the UN Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, but have also defined specific crimes, in case of which the statute of limitations is not applied either.

Thus, according to the second paragraph of Article 105 of the Criminal Code of Poland, the regulations concerning the statute of limitations are not applicable in case of murder committed with intention, infliction of heavy bodily damage, and torture.¹¹

Article 101 of the Swiss Criminal Code envisages that the statute of limitations is not applicable to sexual acts with children, rape, sexual acts with vulnerable persons, indecent assault, exploitation of children or sexual acts with them and similar crimes.¹²

The second paragraph of Article 78 of the Criminal Code of the Federal Republic of Germany defines that in case of murder with aggravating circumstances, regulations concerning the statute of limitations are not applicable at all.¹³

According to the sub-paragraphs c), d), e) of the 2nd paragraph of Article 33 of the Criminal Code of the Republic of Hungary, in case of murder with aggravating circumstances, kidnapping and violence against a representative of authorities as well as terrorism, the regulations concerning the statute of limitations are not applicable.

Attention should be paid also to the fact that the mentioned corpora delicti, in case of which the regulations concerning the statute of limitations are not applicable, are mainly considered as crimes punishable by life imprisonment.¹⁴

As it was stated, the RA legislation, unlike the legislations of the above-mentioned European countries, has envisaged only one exception of imperative nature that excludes the application of the statute of limitations which stems from the obligation prescribed by the UN Conven-

¹⁰ See the verdict of the Constitutional Court of the Russian Federation: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision178404.pdf>

¹¹ Уголовный кодекс Республики Польша (The Criminal Code of the Republic of Poland). – Минск: Тесей, 1998

¹² Уголовный кодекс Швейцарии (Swiss Criminal Code). – СПб.: Юридический центр Пресс. – 2002

¹³ Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии (The Criminal Code of the Federal Republic of Germany) – СПб.: Изд-во Юридический центр Пресс, 2003

¹⁴ Додонов В. Н. Сравнительное уголовное право (Dodonov V. N., Comparative Criminal Law). Общая часть / под общ. и науч. ред. д.ю.н., С. П. Щербы. — М.: «Юрлитинформ», 2009. — С. 395

tion on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity The other exception refers to the crimes punishable by life imprisonment where it is the court which decides the issue of application or non-application of statutory period of limitation. According to the first paragraph of Article 60 of the RA Criminal Code, life imprisonment is the isolation of the convict in the form of keeping him/her imprisoned in a corrective institution without time limit, which in cases envisaged in this Code can be assigned for particularly grave crimes.

V. Conclusion

The study of the Code shows that eight articles envisage the possibility of imposing life imprisonment as punishment. Those are 2nd paragraph of Article 104 (murder with aggravating circumstances); Article 305 (murder of state, political or public figure); 2nd paragraph of Article 387 (application of prohibited means and methods of war); 2nd paragraph of Article 388 (terrorism against the representative of a foreign country or international organization); Article 389 (international terrorism); the 1st and 3rd paragraphs of Article 390 (serious violations of international humanitarian norms during armed conflicts); Article 392 (crimes against human security); and Article 393 (Genocide). In case of the majority of the above-mentioned articles, the exception of imperative nature to the application of statute of limitations is applied as those *corpora delicti* are crimes against peace and human security. At the same time, three crimes are out of the framework of the regulation of this imperative rule, in case of which it is the court, which decides the issue of the application or non-application of the statutory period of limitations. Those are murder with aggravating circumstances (2nd paragraph of Article 104); murder of state, political or public figure (Article 305); and crimes against human security (Article 392). That is, the regulation, prescribed by the fifth paragraph of Article 75 according to which courts are endowed with discretion with respect to the issue of application of the statute of limitations in relation to persons who committed a crime punishable by life imprisonment, refers to the aforementioned three crimes. The degree of public dangerousness of these crimes is beyond doubt as the legislation has classified them among particularly grave crimes. The aim of the legislation is not clear as it excludes the possibility of application of the statute of limitations in case of international terrorism and in case of crimes against human security by leaving the issue of its application to the discretion of the court It is also not clear whether the court can justify the fact that murder accompanied with terrorism loses its dangerousness twenty years later, which must serve as basis for the exemption of the person who committed the crime from criminal liability. We believe that it is not a coincidence that the RA legislation has separated those cases

in which a person committed a crime punishable by a life imprisonment from the general rule. However, the question is whether envisaging the possibility of exemption of the person from criminal liability on the ground of the expiry of the statute of limitations stems from the interests of the victim and the aims for imposing a sentence for such crimes in general. The practice of a number of presented European countries, including Germany, Switzerland, and Poland, allows us to conclude that in case of such crimes, the exclusion of the application of statute of limitations is an acceptable approach. Based on the aforementioned and giving importance to the general depenalization policy envisaged by the New Concept of the RA Criminal Code, it is our position that a strict criminal policy should be implemented concerning the institution of the statute of limitations; particularly the statutory periods of limitations must not be applied in relation to persons who committed a crime punishable by life imprisonment.

The Tendencies and Structure of Youth Crime in the Republic of Armenia

I. Introduction

When speaking about youth crime in the Republic of Armenia (RA), it should be mentioned that during the recent years it has acquired a new quality and expression, which is directly related to socio-economic, political, and cultural changes. During transitional periods, almost always, new tendencies are shown in crime, which is typical of all the states of our region. In the period of rapid social changes and instability accompanying the transitional period, which fully applies also to the Republic of Armenia, the youth face an increased risk of conflict with law, the whole society adapts to new realities, and previously existing social norms and taboos are being widely revised.

II. The Dynamics of Youth Crime in the Republic of Armenia.

Before proceeding directly to the analysis of data on the state and dynamics of youth crime in the Republic of Armenia, it is necessary to make a few preliminary comments of methodological nature.

Most researchers, while depicting a picture of crime, base their analysis mainly on the data concerning the quantity of crimes. That information on registered criminal acts is considered by many authors as the main and self-sustaining source, which gives an idea about the scope and tendencies of crime.²

But in our opinion, the aim of the analysis is not to reveal a concrete figure but to determine more or less the sustainable tendencies of the dynamics of crime, the overall rate, direction of development and the scope of

changes of various indicators, etc. There is no doubt that data on persons identified for having committed crimes will sufficiently serve as material to draw conclusions concerning the general patterns of youth crime. In particular, each statistical research must, within easy access, serve as basis for the achievement of the following goals:

1. acquire a picture of the state, level, structure and tendencies of crime as reflected in criminal statistics, i.e., identify a clear course of youth crime;
2. to see and understand its hidden course, i.e., what has just appeared is in the process of development and is not yet evident;
3. to understand and assess the real extent, nature and scope of the risk of youth crime; and
4. identify "hot spots", i.e., most pressing problematic situations that are born of youth crime, the "spots" of its growth, or, on the contrary – types and categories of youth crime on which it is possible to effectively exert influence through appropriate measures and means³.

In order to solve these problems, and to identify the characteristics of youth crime in Armenia (which is the subject matter of this study), the statistical analysis should preferably be comparative.

It is worthwhile to consider the general characteristics of youth crime with respect to the information on the state and dynamics of crime in general. It is clear that the first one is a significant part of the second one, that is, youth crime has a significant impact on the state of crime in general.

The state of crime in Armenia is graphically represented in the following tables and graphs.

The figures given above show that the crime rate in Armenia from 1995 to 2003 is relatively stable (of course, here too there have been peaks [1996, 1998, 2002] and setbacks [1999]), after which until 2008 a tendency of decrease has been observed. However, it should be mentioned that these figures do not inspire confidence, and in my opinion, indicate the increase of latency of criminality in the Republic of Armenia in the given period. Constantly

Table 1.
The Dynamics of Crime in Armenia 1995-2011

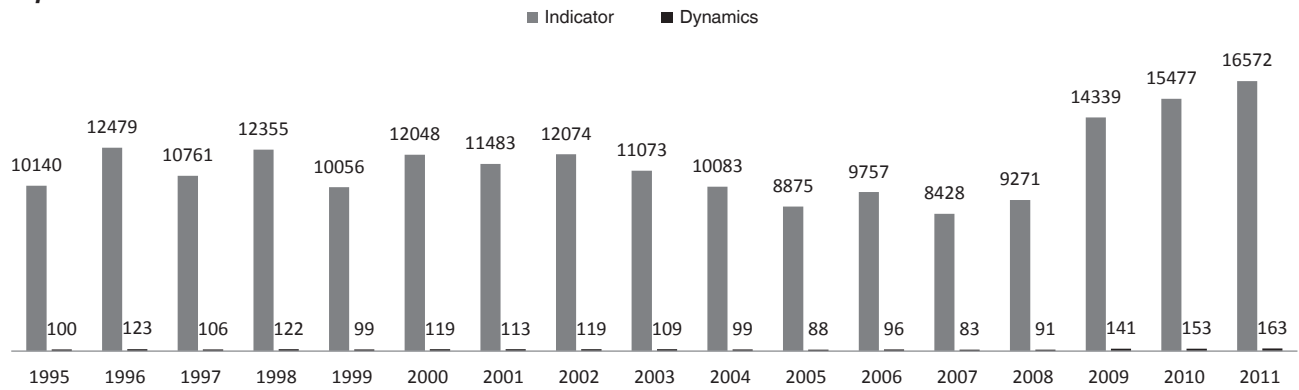
Year	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Indicator	10140	12479	10761	12355	10056	12048	11483	12074	11073	10083	8875	9757	8428	9271	14339	15477	16572
Dynamics, %	100	123	106	122	99	119	113	119	109	99	88	96	83	91	141	153	163

¹ Associate Professor in the Chair of Criminal Law at Yerevan State University.

² Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. (Youth Crime) М. 2006. С. 82.

³ Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. (Youth Crime) М. 2006. С. 83.

Graph 1



aggravating social, political situation, economic collapse, and a steady decline in the living standards logically should have led to an increase in crime, but not to its stabi-

lization, or even decline. This is also shown by the peak of crime in 2009 and its further stable growth, which certainly is an echo of these negative factors.

Table 2.

Dynamics of Youth Crime⁵ in the Republic of Armenia During 1993-2012

Year	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Indicator	3192	3192	3040	3185	3651	3014	2836	2882	2888	2674	2628	2668	2293	2594	1929	2026	3395	3826	3680	3920
Dynamics, %	100	98.8	95.2	99.8	114.4	94.4	88.8	90.3	90.5	83.7	82.3	83.5	71.8	81.2	60.4	63.5	106.4	120	115	123

Graph 2.

These Graphs Show the Dynamics of Youth Crime in the Republic of Armenia

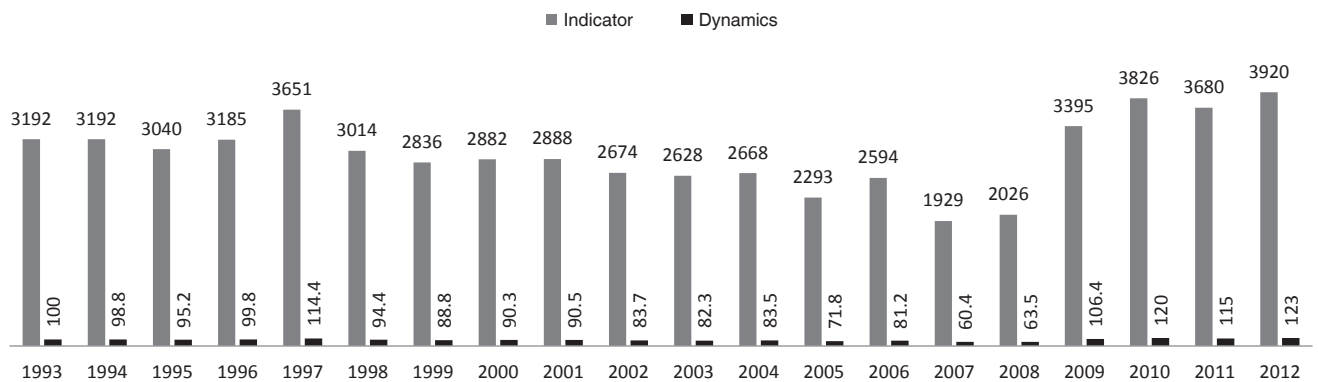


Table 3.

Calculation of Crime Rate Committed by Youth via Basis and Chain Methods

year	quantity of the committed crimes in absolute figures	absolute increase (decrease)	calculation of youth crime rate via basis method		calculation of youth crime rate via chain method	
			%	Coefficient	%	Coefficient
1993	3192	-	%	Coefficient	%	Coefficient
1994	3155	-37	98.8	0.988	98.8	0.988
1995	3040	-152	95.2	0.952	96.3	0.963
1996	3185	-7	99.8	0.998	104.7	1.047
1997	3651	459	114.4	1.144	114.6	1.146

⁴ 18-29 age group is studied.

1998	3014	-178	94.4	0.944	82.5	0.825
1999	2836	-356	88.8	0.888	94	0.940
2000	2882	-310	90.3	0.903	101.6	1.016
2001	2888	-304	90.5	0.905	100.2	1.002
2002	2674	-518	83.7	0.837	92.5	0.925
2003	2628	-564	82.3	0.823	98.2	0.982
2004	2668	-524	83.5	0.835	101.5	1.015
2005	2293	-889	71.8	0.718	85.9	0.859
2006	2594	-598	81.2	0.812	113.1	1.131
2007	1929	-1263	60.4	0.604	74.4	0.744
2008	2026	-1166	63.5	0.635	105	1.05
2009	3395	+203	106.4	1.064	167.6	1.676
2010	3826	+431	119.8	1.198	112.7	1.127
2011	3680	-146	115.3	1.153	96.2	0.962
2012	3920	+240	122.8	1.228	106.5	1.065

Table 4.
Change of the Level of Dynamics of Crimes Committed by Youth via the Method of Extension of Intervals.

year	registered crimes			
	within a year	within two years	within three years	average year indicator with an interval of three years
1993	3192			
1994	3155	6347		
1995	3040		9387	3129
1996	3185	6225		
1997	3651			
1998	3014	6665	9850	3283
1999	2836			
2000	2882	5718		
2001	2888		8606	2869
2002	2674	5562		
2003	2628			
2004	2668	5296	7970	2657
2005	2293			
2006	2594	4887		
2007	1929		6816	2272
2008	2026	3955		
2009	3395			
2010	3826	7221	9247	3082
2011	3680			
2012	3920	7600		

The tables and graphs given above portray a very strange picture of youth crime in the RA. There has been a gradual increase (up to 1997) which was followed by a smooth decrease of youth crime (up to 2008). Against this background stands out the year of 2009, when a splash of youth crime was registered in the Republic of Armenia, which surpasses all the registered indicators except the indicator for 2002. This may be due to some objective reasons, such as frustration phenomena, growing discontent of youth with respect to the current situation, etc. Apparently, some political and socio-economic factors have led to this growth. As for the reduction of youth crime in recent years (not taking into account, of course, the year of 2009), it is rather difficult to explain based on objective factors. Most likely the reduction is due to the increase of latency of youth crime in the Republic of Armenia, which in itself is a very negative phenomenon. After 2009, there has been an increase of youth crime, which, in my opinion, is logical.

The application of the above given methods allows us to identify the ratio of youth crime and crime in general in the Republic of Armenia.

It can be stated that youth crime in the Republic of Armenia on average constitutes 20-30% of all crimes in general. The ratio varies in different years. Let us study thoroughly the pattern of youth crime. In 1995, youth crime constituted 29.9% specific weight of total crime; in 1996 – 25.5%; in 1997 -33.9%; in 1998 – 24.4%; in 1999 – 28.2%;

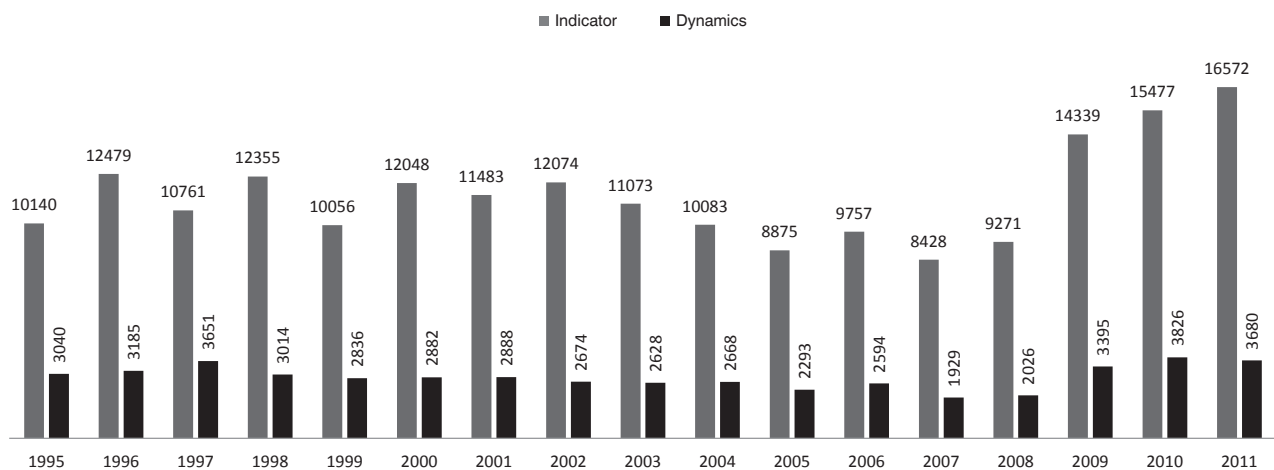
in 2000 – 23.9%; in 2001 – 25.1%; in 2002 -22.1%; in 2003 – 23.7; in 2004 – 26.4%; in 2005 – 25.8%; in 2006 – 26.6%; in 2007 – 22.8%; in 2008 – 21.8%; in 2009 – 23.6%; in 2010 – 24.7%; and in 2011 – 22.2%. This ratio clearly shows that even in official statistics, youth crime has a significant share in the overall crime rate in the Republic of Armenia. And if we add the fact that many young people have emigrated (according to the data of RA Civil Aviation alone, since 1991, about 644,000 people have left the country, and according to some experts' estimations, the number of people who left the republic was about a million⁵), as well as the fact that youth crime has traditionally had high latency, the picture gets really depressing. The table and graphics also show that youth crime is more stable with respect to crime in general. This fact is interesting, and, in my opinion, is related to age, psychological and social aspects of youth crime. A characteristic feature of the Armenian youth is that it stays longer under the care of parents than young people in other countries. Such parental financial support does not let them fully feel the criminogenic effect of unemployment, poverty, and social injustice, whereas these factors have significant impact on crime in different years, significant fluctuations of crime in general, and relative stability of youth crime.

It can be argued that youth is one of the most active criminal groups in a society, and against this background the study of youth crime is a very urgent task.

Table 5

Year	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Indicator of crimes in general	10140	12479	10761	12355	10056	12048	11483	12074	11073	10083	8875	9757	8428	9271	14339	15477	16572
Indicator of youth crimes	3040	3185	3651	3014	2836	2882	2888	2674	2628	2668	2293	2594	1929	2026	3395	3826	3680

Graph 3



⁵ See: Ходжабекян В. Е. Репродукция и миграции населения Армении в 19-20 в.в. (Reproduction and Migration of the Armenian Population in the 19-20 Centuries) Ереван, 2001, С. 307-309.

III. The Structure of Youth Crime in the Republic of Armenia

In order to study the tendencies of youth crime, the above given figures are not sufficient. It is important to identify the motivational orientation and the totality of those crimes that are most often committed by young people. So, the next step of the statistical analysis will be an attempt to look into youth crime and characterize its structural content.

On the basis of this analysis, there is an opportunity to focus on those characteristics of youth crime, on those features and peculiarities, which give an idea about the modern "physiognomy" of this crime. In other words, here we will focus on the phenomena in the criminal sphere,

which have arisen or acquired a special significance especially recently; that attracts attention as something new, subject to steadfast general and prognostic analysis and deserving the time taken to come up with the necessary preventive measures. If you do not see and do not realize such innovations, things that are born today may (as happened many times in our history) tomorrow turn into a negative phenomenon; so ingrained that the fight against it will be significantly hampered. However, once again it will be unused possibility of increasing the effectiveness of prevention of youth crime, ensuring timely response at the management level to specific changes in the criminological situation⁶.

The structure of youth crime in Armenia is displayed in the table below.

Table 6.

Crime	Years								
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Murder	25	34	32	21	18	28	22	24	20
Murder with aggravating circumstances	37	44	15	22	26	31	26	26	22
Intentional infliction of grave damage to health	21	23	28	39	63	70	61	79	81
Intentional infliction of non- grave damage to health	64	106	143	200	203	191	205	243	199
Rape	10	17	7	5	15	8	11	8	10
Forcing a woman to marry	73	42	35	48	44	41	56	49	49
Hooliganism	95	141	145	176	237	234	269	245	247
Illegal acquisition, storage, transportation of drugs	149	170	191	130	146	117	123	129	86
Illegal acquisition, storage, transportation of weapons, explosives	167	134	111	92	62	50	35	45	28
Evasion from military service	94	300	502	794	988	607	483	492	545
Theft	1224	935	696	648	714	295	505	503	478
Robbery	124	62	53	34	33	25	48	25	33
Armed Assault	117	92	62	44	53	22	43	24	34

Table 7.

Changes in the Structure of Youth Crime in the Mentioned Years

Year	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
violence %	11,00	16,57	17,97	20,33	21,02	32,23	30,90	32,61	31,06
anarchic %	11,86	20,67	30,35	39,33	40,35	38,22	27,45	28,38	31,28
mercenary %	66,59	51,86	40,15	32,22	30,75	19,90	31,58	29,18	29,75

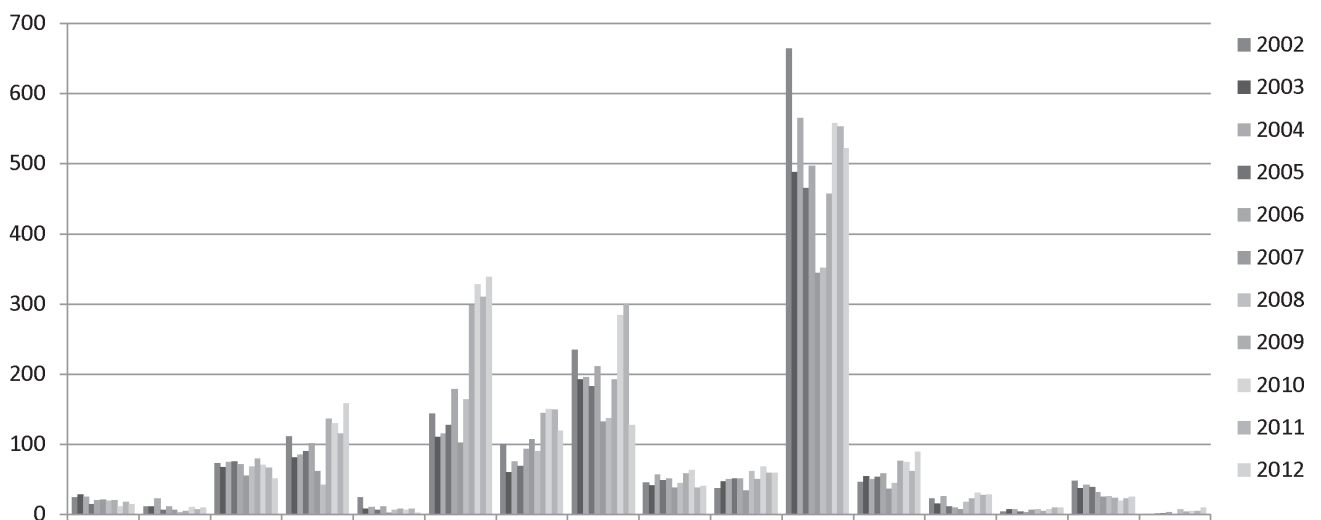
⁶ Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. (Youth Crime) М. 2006. С. 99.

After the adoption of the new Criminal Code in 2003, the Information Center of the RA Police changed the form of statistical information that is displayed in the following table:

Table 8.
The Structure of Youth Crime in the Republic of Armenia in 2002-2012

Crime	Годы										
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
1. Murder (including murder under aggravating circumstances).	24	28	25	14	20	21	19	20	11	17	14
2. Attempt of murder	11	11	22	6	11	6	3	5	10	7	9
3. Intentional infliction of grave damage to health	73	67	74	75	71	55	68	79	70	66	51
4. Intentional infliction of damage to health of medium gravity	111	81	85	90	101	62	42	136	130	115	158
5. Rape and attempt of rape	24	8	10	6	11	2	6	8	6	8	2
6. Road traffic accident (including causing death)	143	110	115	127	178	102	164	298	328	310	338
7. Illegal acquisition, storage, transportation of drugs, theft of drugs	100	60	75	69	93	107	90	144	150	149	119
8. Hooliganism	234	192	195	182	211	132	137	192	284	299	127
9. Armed assault	45	41	56	49	51	38	44	58	63	38	40
10. Robbery	37	47	50	51	51	34	61	50	68	59	59
11. Theft	664	488	565	465	497	344	351	457	558	553	522
12. Fraud	46	54	50	53	58	36	44	76	74	62	89
13. Misappropriation or embezzlement	22	15	26	11	9	7	18	22	30	27	28
14. Blackmail	4	7	7	4	3	6	7	5	7	9	9
15. Carjacking	48	37	42	39	31	25	26	23	19	22	25
16. Bribery	0	0	1	1	3	0	7	4	5	5	9

Graph 4
Changes in the Structure of Youth Crime in the Mentioned Years



As can be seen from the above data, youth crime in Armenia is mainly characterized by violent and mercenary motivations.

Regarding violent youth crime in the Republic of Armenia, it should be noted that over the study period (1993-2012), there has been a decrease in murder and murder under aggravating circumstances, although in the past seven years the situation has largely stabilized. In the first segment of the study period, there has also been a steady increase in the committal of crimes such as intentional infliction of grave, medium grave, and non-grave damage to health. However, it should be noted that in the last few years, the crime of infliction of grave damage to health shows a tendency of decline. In our opinion, we are witnessing not a real reduction in these crimes but an increase of latency, which in itself is a troublesome factor. In the past years, there has also been growth in the crime of infliction of medium grave damage to health. The number of hooliganism grows steadily, although in recent years the dynamics of this crime has stabilized, except in 2009 when the level of this crime went up again. Further growth of hooliganism continues, but in a strange way in 2012 it decreases sharply. We believe that this has been affected by some objective as well as subjective factors. In our opinion, the growth of violent crime in our country is natural, and it is due to some social and psychological characteristics of young people. It is also conditioned by socio-economic, political, organizational, legal and other factors. Under current conditions, when unemployment and migration are gaining at an alarming rate, there are plenty of frustration factors combined with high temper, impulsiveness and other moral and psychological characteristics of young people that lead to an increase in violent crime. The growth of violent crime is also contributed by intensive promotion of western values disseminated through television, and other media of violence, pornography, etc.

Surprisingly, the specific weight of mercenary crime of young people is declining, which is difficult to explain with objective reasons. With the reduction and subsequent slight increase of thefts, relatively stable tendencies in robberies and armed assaults are very unrealistic. Meanwhile, the decline in the number of thefts is not realistic either, because it is hard to imagine the objective factors that could lead to such an outcome. It is possible that this situation is conditioned by the increase of latency in mercenary crime in the Republic of Armenia. We can assume that the data on mercenary youth crime does not correspond to the reality. It is also possible that the reduction of mercenary crime is also related to some objective reasons. This is due to the migration of large numbers of young people and mass unemployment. The latter is the frustration factor pushing young people to commit not only mercenary, but often violent crimes also.

If based on the official statistics, it appears that mercenary crime, especially not related to violence, tends to decrease both according to absolute indicators and the structure of crime. The same tendency is typical of some countries in the CIS and Europe.⁷ According to official statistics from 1995 to 2003, the level of thefts decreased in Russia, Romania, Bulgaria, Ukraine, Moldova, Czech Republic, Holland, Lithuania and Estonia. With the reduction of thefts in some countries, an increase in robberies and banditry was observed.

This is the case in Russia, Lithuania, Bulgaria, Czech Republic and Ukraine⁸. It can be assumed that in these countries, as well as in Armenia, the official statistics do not reflect real tendencies, because the reduction of theft against the background of growth of robbery and banditry is paradoxical in terms of motivation. We can assume that in these countries non-violent mercenary crime is gaining more latency. At the same time in Austria, Germany, Switzerland, Spain, Georgia, Croatia, and Slovakia increase in thefts is accompanied by growth of robberies and banditry. It more accurately reflects the criminological reality.⁹

With regard to the crimes with an anarchist/individualist motivation, high indicators are, in our opinion, due to the fact that some of them have quite a low level of latency (official statistical data reveals that they are the most fully registered crime type). Moreover, the growth of this type of crime can be related to the lawlessness, legal nihilism, and growing distrust towards law and legal order prevailing in our country. In the recent years, there has been an increase in anarchist crime. This, in our opinion, is due to not only low latency, but also to an increase in the nihilistic mood of the Armenian youth connected with the recent tragic political events in the Republic of Armenia (1 March 2008), which had a chain reaction that affected not only the socio-economic, political, and legal situation in the country, but also the outlook and attitude of the society towards the state. In my opinion, the above said is particularly relevant in relation to young people, and the tendencies of growth of youth crime indicate it.

Statistics shown with respect to youth crime concerning corruption are surprising. According to official data, among youth, giving bribes, brokering bribes and taking bribes is almost non-existent. Against this background, the other crimes of corruption are not even appropriate to be discussed. This picture is at least absurd. In the recent years, the problem of corruption in Armenia has become especially relevant, which is not by chance. Armenian so-

⁷ Габузян А.А. Проблемы преступности в Республике Армения в переходный период. (Problems of Crime in the Republic of Armenia During the Transition Period) Ep. 2007. С. 139.

⁸ See: European Sourcebook of Crime and Criminal Justice, Statistics-2003, Second edition, p. 40-41, European Sourcebook of Crime and Criminal Justice, Statistics-2006, Third edition, p. 44-45.

⁹ Габузян А.А. Проблемы преступности в Республике Армения в переходный период. (Problems of Crime in the Republic of Armenia During the Transition Period) Ep., 2007. С. 139.

ciety is affected by this social disease; metastases have penetrated into all spheres of life.

According to the data of some international organizations, Armenia is the 20th among 99 countries in terms of level of corruption, and 15th in terms of the index of bribery.¹⁰

The situation can be assessed as catastrophic. Against the background of the critical phenomena in society, economic collapse, and impoverishment of the masses, the danger of corruption has multiplied. Corruption violates the mechanism of market competition, because the winner is not the one who is competitive, but the one who managed to take advantage by giving bribes. Moreover, it constitutes a means of ensuring favorable conditions for the formation and development of organized crime and the shadow economy, which leads to a decrease in tax revenues of the state budget. Corruption contributes to the ruling of oligarchic clans. A vicious circle has been formed: the crisis in society constitutes a determinant of the increase of the level of corruption, while corruption impedes the development of society, and overcoming the crisis.

Although in recent years, legislation to combat corruption has been in development, a national program is prepared on strategies to combat it, and the Armenian authorities almost every day express their determination to fight this evil, but in fact the real fight is practically not carried out. Demonstrating commitment to combat corruption is due to the pressure from Western countries, the Council of Europe, as well as the desire of the authorities to calm the society. We must agree with those authors who claim that the authorities, and the Armenian society as a whole, have no desire, no determination, and no real opportunities to fight corruption. According to some studies, household bribes constitute only 13-16% of total bribery.

Meanwhile, bribery in public administration amounted to 19-22%; in business 29-32%; and in the judicial, legal,

and law-enforcement systems 33 – 36% of the total bribery in Armenia. Increasing latency of corruption related crimes is of particular concern. Latency has always been the main characteristic of corruption. However, in Armenia, especially now the latency of corruption has risen to unprecedented dimensions. According to experts, only 0.02-0.04% corruption-related crimes are revealed and registered.¹¹

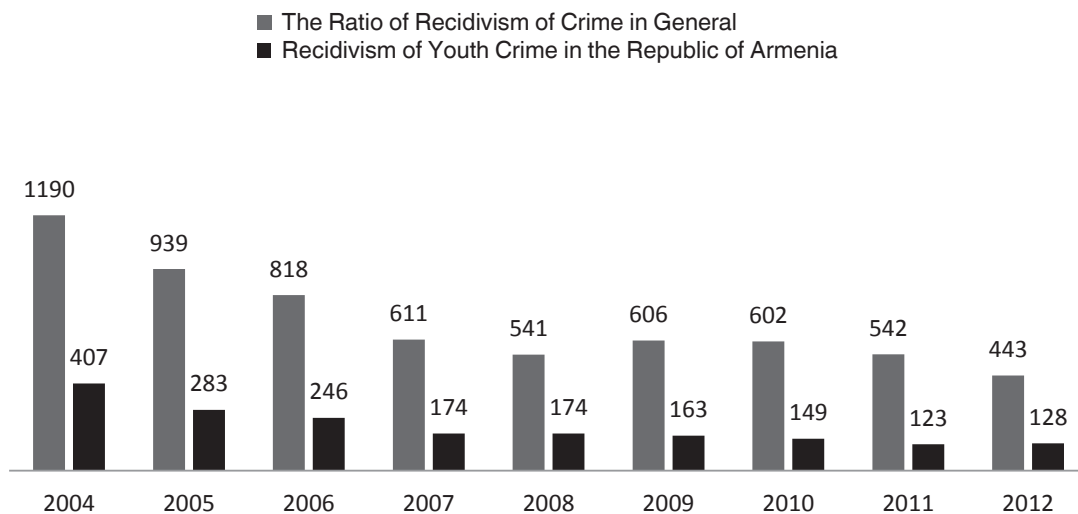
Comparing these estimates with the official data that we have, we can confidently state that these estimates are quite fair. Young people, as we have repeatedly pointed out, are the most dynamic and active layer of society and, of course, are fully involved in corrupt activities. The available statistics show only the fact that latency of corruption and in particular corruption related youth crime in the RA is very high. In our opinion, this situation is one of the most dangerous challenges facing our law-enforcement system, and the future of our country largely depends on finding an effective solution to this problem.

Recidivism of youth crime should also be considered. The risk of recidivism is very high, especially among young people, since recidivism indicates deepening and consolidation of antisocial attitudes among young criminals. To assess objectively the state of youth recidivism, it is important to identify its share of the crime in general. (See the table and graph below.)

Table 9.

Year	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Recidivism of Crime in General	1190	939	818	611	541	606	602	542	443
Recidivism of Youth Crime	407	283	246	174	174	163	149	123	128

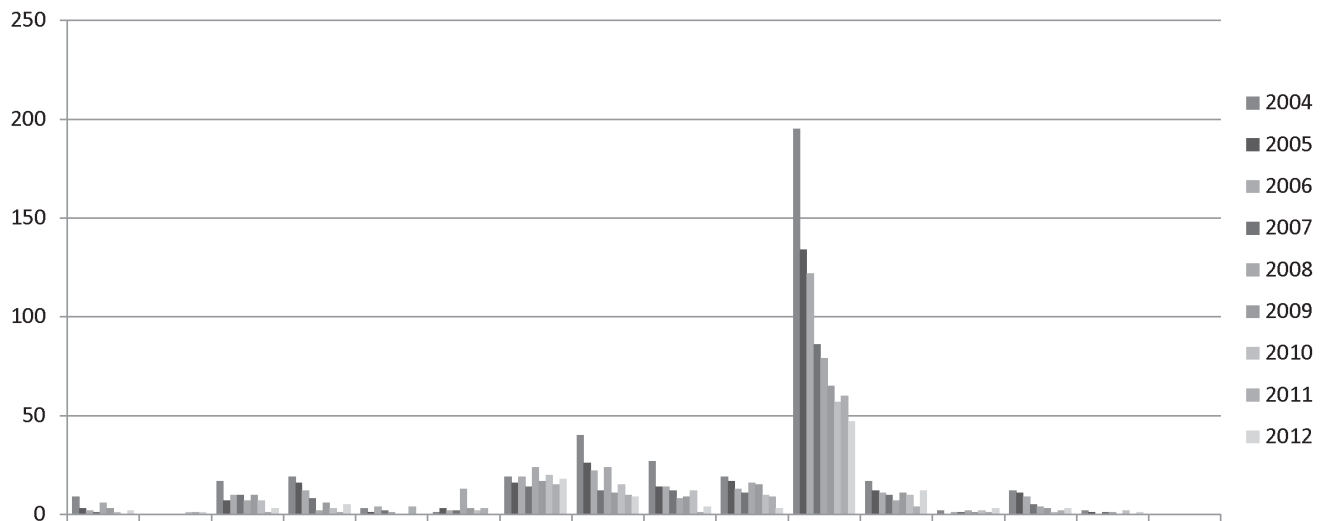
Graph 5.



¹⁰ Office of International Information Programs, US Department of State. Web site: <http://usinfo.state.gov>.

¹¹ Габузян А.А. Проблемы преступности в Республике Армения в переходный период. Ер., 2007. С. 148.

Graph 6.



As you can see, almost all kinds of the above-mentioned crimes tend to decrease, which is paradoxical, because the youth is the most criminally active social group. But, it is also possible that, given the mass migration of young people, this decline has an objective character. Hooliganism and intentional infliction of damage to health are exceptions with respect to which the situation is relatively stable, and sometimes we observe an increase. The surge of recidivism in theft that occurred in 2004 is noteworthy. Then there is a sharp decline, which is also paradoxical. It is assumed that here too the statistics are affected by the above-mentioned negative factors, and, in our opinion, it is possible that the real picture of youth recidivism is improperly reflected. From the above-mentioned data and the studies that were carried out based on them, it is clear that the level of state recidivism of youth crime in the Republic of Armenia was stable and mostly showed a downward tendency. Such tendencies in youth crime are more than strange for our country and, of course, are not linked to objective reasons. In the given period in the Republic of Armenia, no socio-economic, political or any other changes did occur, which could cause the decline in youth crime in general and youth recidivism in particular. It is based on a subjective factor, as the unstable socio-economic situation, unemployment, migration, and political anarchy are real prerequisites for the growth of youth crime and not for its decrease. Official statistics only show that law enforcement bodies do not provide results and that latency of youth crime increases.

It is important to identify the specific weight of youth crime with respect to crime in general in the RA. According to the above mentioned figures, as already noted, it turns out that about 20-30% of crimes in Armenia are committed by young people aged 18-30. According to general criminological data, about half of all crimes are committed by people younger than 30 years. Except for juvenile crime, it turns out that about 30% of crimes are committed by

young people. Such a specific weight of youth crime with respect to crime in general shows that in our country and other countries of the region youth crime rate is identical. This is a very negative and adverse phenomenon for our country.

It should be noted that despite the growing latency of crime, there are a number of anti-criminogenic factors in our country that traditionally condition the low crime rate compared to other post-Soviet countries. These factors include:

1. A small area, which allows carrying out social control more effectively;
2. The presence of relatively strong informal control over the youth, which is connected with the traditions and the mentality of our people. Despite the difficult social situation, Armenians have retained the values such as traditional family, family control over the younger generation, the slow pace of women's emancipation, and so on. But we have to state with regret that the strength of this tradition is gradually fading, and this is due both to the worsening of social situation and the expansion of other cultures alien to our society.
3. We do not have a strong expression of conflict between the generations. Traditionally there is deep respect for parents and, in general, for elders. But, as mentioned above, the penetration of foreign cultures leaves a negative print on this field.
4. In terms of composition, our republic is the most homogeneous among the CIS countries, since about 97% of the population are Armenians. For this reason, we do not have ethnic conflicts.¹²

Against this background, the similarity of the level of youth crime with the CIS countries can be considered a disaster. This situation shows that in Armenia the above

¹² See: А. Габузян. Тенденции преступности в РА в переходный период. (Tendencies of Crime in the RA during the Transitional Period) Вопросы правоведения. Межвузовый сборник научно-исследовательского центра юрфака ЕГУ. , № 4. С. 22.

enumerated anti-criminogenic factors have recently been seriously weakened and are not prevailing in the formation of mindset and world outlook of the new generation. In fact, we lose those basic core values that enable us to stand out as an ethnic group, a holder of one's own culture and traditions.

IV. Conclusion

Completing the study of the statistical information on youth crime in general and in terms of structural characteristics of the criminal behavior of young people, one must emphasize the most important provisions stemming from what has been said and also mentioned in the criminological literature.

1. Youth crime is characterized by a number of features that distinguish it from other age group crimes: juveniles, on the one hand, and "adults" on the other hand. These features actually include all key parameters of the phenomenon of youth crime: the absolute number of identified persons who committed a crime, the intensity and direction of the dynamics of these indicators, structural characteristics, and criminal activity of the contingent (coefficients of crime);
2. The criminal activity of young people is particularly high when it comes to crimes which have violent, anarchic and especially mercenary motivations;
3. Young age of criminals constitutes a "peak" of public danger for themselves, and for the acts they commit. It is this group of the population which as a direct consequence transforms into a group of criminals, from which usually derive the most adverse tendencies not only for youth crime, but also for crime in general; and
4. Finally, there is need to focus separately on the circumstance, which is very important for the perception and understanding of the above analysis of youth crime. This analysis is based on data from the official statistical reporting. But the crime that is registered is not equal to real crime. Between them lies a thick layer of so-called latent (hidden and concealed) crime.¹³

Speaking about the Armenian reality, one of the inevitable consequences of the crisis of our society is the hyper-latency of crime. And this common situation fully covers youth crime. Specific scopes of latency of criminal acts are defined differently by experts. Summing up these various positions, we can say that most of the experts share this opinion: from 40% (number of general criminal acts) to 95% (economic crime) of crimes are left beyond registration depending on the type of infringement.¹⁴

The problem of latency is of paramount importance not only for theory, but also for the fight against crime. Obviously the higher the level of latency is, the less accurate is our understanding of the real scope of crime dissemination in the society, which limits the possibilities for confronting it, and, therefore, the more maliciously crime can act in future.¹⁵

Evaluation of the criminal situation, without addressing the latency factor, only on the basis of official criminal statistics, a typical practice of law enforcement and other government bodies, leads to a distorted picture of the emerging criminal situation, to large errors in the formation of the strategy and tactics of law enforcement activities, in the resource and financial support for fighting against crimes, and, ultimately, strongly increases the risk of new defeats for law enforcement system in this fight. Ignoring evidence while assessing real crime can lead to underestimating the gravity of the criminal situation and, therefore, preventing the society from taking adequate measures to correct it.

Bearing in mind all the aforementioned criminogenic and non-criminogenic factors, one may assume that the rise in crime and, in particular, the youth crime in the Republic of Armenia is inevitable, and its latency, in my opinion, will increase. This creates a direct threat to our national security. And no matter however numerous and important the problems that our state is facing, the above mentioned problems are of primary importance and should be the focus of the state (and especially law enforcement bodies) and society in general.

¹³ Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. (Youth Crime) М., 2006. С. 132.

¹⁴ См.: Преступность. Статистика. Закон. (Crime. Statistics Law) М., 1997. С. 6; Кудрявцев В.И. Современные проблемы борьбы с преступностью // Вестник РАН. Т. 69. № 9. С. 792.

¹⁵ Бабаев М. М., Крутер М. С. Молодежная преступность. (Youth Crime) М., 2006. С. 133.

Significance of a Defendant's Previous Convictions for Proportionate Sentencing

I. Introduction

The present article addresses the significance of previous convictions of a defendant for proportionate sentencing. It provides a critical analysis of the view, expressed in theory and practice, that conviction determines the degree of guilt and unrighteousness of an act. Circumstances, which are also taken into consideration along with previous conviction of a defendant, are also discussed.

Under a number of Articles envisaged by the current Criminal Code of Georgia, previous conviction of a defendant is considered an aggravating circumstance, which obliges the judge to consider previous conviction when settling a question related to the qualification of the crime. The foregoing issue is also criticized herein.

The given document pays a special attention to the importance of the lack of criminal record, namely, whether or not it is justifiable to consider always the lack of criminal record as the circumstance that relieves of responsibility, since, in certain cases, the foregoing lays even more responsibility on the perpetrator.

II. Significance of Previous Conviction while Sentencing

According to Article 53 (3) of the Criminal Code of Georgia (hereinafter referred to as – “CCoG”), when awarding a sentence, the court shall take into consideration the past life of the criminal along with other circumstances. The most important aspect of the past life of the criminal is his/her previous convictions.² In comparison with the fact that a person has committed a crime for the first time, previous conviction of a defendant acquires special significance during sentencing. Based upon a previous conviction, one can make conclusions about the hostile attitude of the defendant towards law and order. All the relevant circumstances of the defendant's criminal record should be taken into consideration, especially the number of previous convictions, gravity and types of the crimes committed previously. Emphasis is given to the fact as to whether the previous criminal offense was committed under aggravating circumstances of the crime

or not. Special attention is paid to the previous conviction if it is not related to the crime committed under extenuating circumstances. The question as to the relevance of the previous conviction is dependent not on the extent of sentence determined, but upon those actions and factual circumstances that constituted the basis of the previous conviction.³ Regulation, according to which the relevance of the previous criminal conduct is decisive, and not the extent of sentence determined, is correct, considering the fact that the law, in some cases, imposes less severe punishment for crimes against life (see, Articles: 111, 113, 114) than against crimes violating other legal concerns (Article 147 (1)).

The matter of previous conviction for the crime of negligence is not always decided in the same way. As a rule, a previous conviction is not taken into consideration if the defendant was previously tried for the crime of negligence⁴. However, previous conviction may aggravate the sentencing and it may not be taken into account to the defendant's advantage, if the previous crimes were of similar nature.⁵ In this regard, transport crimes are of great importance. As Tsippi states, even if the crime was committed negligently, previous conviction is still taken into consideration if the case concerns a transport crime, and when the latter is a revelation of repeated negligence and the lack of traffic discipline⁶.

There are divergent opinions expressed in the criminal law literature regarding the significance of considering previous convictions and their effect upon the determination of the extent of a sentence. The difference between the prevailing doctrine of imposition of a sentence and the theory of imposition of a sentence proportionate to the action is the issue of importance given to the previous conviction of a defendant while imposing a punishment. According to the prevailing opinion, previous conviction plays an important part.⁷

There might be a doubt about the defendant's past criminal conduct that are not confirmed. However, merely a doubt that the defendant has committed a criminal offense in the past cannot be considered as a factor that can be taken into account while imposing a sentence.⁸ I.e.,

¹ Doctor of Law (TSU), Assistant Professor of the Faculty of Law, I. Javakhishvili Tbilisi State University; research scientist at the T. Tsereteli State and Law institute.

² *Streng F.*, *Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3. Aufl., Stuttgart, 2012, S. 275, Rn. 565.

³ *Theune W.*, in: *Leipziger Kommentar StGB*, 12. Aufl., Berlin, 2006, S. 1116, §46 Rn. 169.

⁴ *Zipf H.*, *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69; *Zipf/Dölling*, in: *Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2*, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 822, §63 Rn. 158.

⁵ *Theune W.*, in: *Leipziger Kommentar StGB*, 12. Aufl., Berlin, 2006, S. 1116, §46 Rn. 169.

⁶ *Zipf H.*, *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69; *Zipf/Dölling*, in: *Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2*, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 822, §63 Rn. 158.

⁷ *Bruns H-J.*, *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, S. 223; *Zipf/Dölling*, in: *Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2*, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 823, §63 Rn. 160; *Tröndle H.*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48. Aufl., München, 1997, S. 298, §46 Rn. 24a.

⁸ *Theune W.*, in: *Leipziger Kommentar StGB*, 12. Aufl., Berlin, 2006, S. 1116, §46 Rn. 169.

the fact that the defendant has committed a crime in the past has to be proven without doubt.

Federal Court of Justice of Germany gives special importance to previous conviction in light of the negligence shown towards the preventive (warning) function of the punishment. Neglecting the warning shows the negative attitude towards law and order. According to the same opinion, if a person commits a criminal offense regardless of the warning, then the gravity of the wrongfulness of his action is even higher⁹. However, according to some legal scholars, previous conviction only then constitutes an aggravating circumstance when the criminal deserves the reprimand due to the type and factual backgrounds of the action perpetrated.¹⁰ Under the mentioned provision, importance should be given not only to the previous conviction, but also to the type of the action carried out previously. Besides, it is also important to take those circumstances into consideration under which the crime was committed.

There is a disputable opinion according to which the previous conviction aggravates the level of wrongdoing. Previous life of the offender has little to do with the latest criminal offense committed and its wrongful nature, i.e., it is irrelevant for the criminal conduct. The issue is resolved otherwise with regard to the motive and aim of the offender, since they are relevant for the assessment of the case.¹¹ The following question derives from the foregoing: whether or not it is important to take into consideration the past life of the defendant, which is irrelevant for the assessment of the criminal conduct, in order to impose proportionate sentence?

Consideration of the previous conviction of a defendant while imposing a sentence is important inasmuch as it often reveals the attitude and value system of the perpetrator and shows whether it is expected that he/she will commit another crime in the future. When a person commits another deliberate crime, especially if he/she commits the same type of the criminal offense, this indicates that the previous punishment imposed upon the offender did not serve its purpose of prevention of crime. Therefore, consideration of past life of the defendant and especially his/her previous criminal record at the time of the imposition of a sentence helps the judge to render a correct decision in light of the type and extent of the sentence determined.

While the Federal Supreme Court of Germany, without proper reasoning, gives the previous conviction as a function to define the level of wrongfulness of an action, some scholars consider previous conviction to be a relevant circumstance for the determination of the extent of a sentence. I. Dvalidze also considers previous conviction

to be the determining factor of the level of guilt, and notes "previous conviction should be viewed in the catalogue of signs determining proportionality between guilt and punishment".¹²

According to those scholars who consider previous conviction as a sign of guilt, it is important to determine whether the negligence of the perpetrator towards the warning function of the previous conviction can be reprimanded or not.¹³ According to the same concept, one who acts while neglecting the impeding impulse related to a previous conviction and without bearing it in mind, acts with increased and extended guilt.¹⁴ Negligence towards the warning function of the previous conviction and its impeding impulse represents a special basis for reprimand.¹⁵

In order to determine the level of guilt, it is very important to take into consideration the obstacles that were overcome by the defendant.¹⁶ Bigger the obstacles, harder the defendant has to try while perpetrating a crime, which reveals the determination of the perpetrator in fulfilling his/her intentions. This leads to the conclusion that the guilt of the perpetrator is high and deserves a harsher punishment.¹⁷ However, the question of whether or not previous conviction can be considered as an obstacle that may affect the level of guilt needs to be addressed. On the other hand, does the defendant even overcome any obstacle when the defendant has already been convicted of another crime? It is true that previous conviction entails certain negative results (for instance, it may be a hindrance for a person to start working at a particular place, etc.). However, in spite of this, it still may not be equalized with such obstacle that increases the level of guilt.

T. Hornle correctly notes that due to different reasons it is logically impossible to give reasoning to the opinion that previous conviction extends the level of guilt.¹⁸ According to Tsippi, it is hard to connect guilt to such action that was carried out previously and for which the perpetrator was already tried.¹⁹

¹² I. Dvalidze, *General Part of the Criminal Code of Georgia, Punishment and Other Criminal Outcomes of the Crime*; Tbilisi, 2013, p. 31.

¹³ Zipf H., *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69; *Lackner/Kuehl, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Aufl., München, 2007, S. 300, §46 Rn.37.

¹⁴ *Horstkotte H., Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Massregeln der Sicherung und Besserung*, JZ 1970, S. 153.

¹⁵ For the broad analysis of this view, see: *Erhard C., Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, Berlin, 1992, S. 62.

¹⁶ Sometimes, overcoming of an obstacle also affects the level of wrongfulness. For instance, stealing by illegally entering a house, place or storage facility, according to Article 177 of the CCoG, is punishable more severely. It is considered as a qualifying sign of a crime by the law. Illegally entering a house, while stealing, as a special way to overcome obstacle, aggravates the level of wrongfulness of stealing.

¹⁷ *Bruns H.-J., Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, S. 211.

¹⁸ *Hörnle T., Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, S. 161.

¹⁹ *Zipf H., Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69.

⁹ *Entscheidungen Des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt)*, 25. Band, 1975, S. 64.

¹⁰ *Horstkotte H., Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Massregeln der Sicherung und Besserung*, JZ 1970, S. 153.

¹¹ *Streng F., Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3. Aufl., Stuttgart, 2012, S. 275, Rn. 564.

Previous conviction affects neither the wrongfulness of an action, nor the level of guilt. When discussing the issue of determination of the level of wrongfulness, we mean a specific action that has to be assessed and because of which the perpetrator should be convicted. Also must be considered the circumstances under which the action was carried out and upon which the action was based, which has nothing to do with the criminal conduct with which the wrongdoer was previously charged and convicted.

W. Frisch correctly notes that previous conviction affects neither the result, nor the wrongfulness of an action. Therefore, it is unclear as to how the previous conviction and the criminal offense perpetrated in the past determine the level of wrongfulness of an action in question.²⁰

Determination of the level of wrongfulness of the last action carried out by considering a previous conviction becomes even more confusing when the first (of which the perpetrator was already convicted) and the last actions constitute different types of criminal offenses. For instance, if a person was first convicted of theft and then he/she committed a murder, according to the approach of Federal Supreme Court of Germany, the level of wrongfulness of the murder is increased by the previous conviction related to the theft committed in the past by the perpetrator.

Determination of the level of guilt based on previous conviction does not comply with the contemporary understanding of guilt, which implies that an individual bears responsibility for an action.²¹ According to W. Frisch, in case of previous conviction of a defendant, it is tentative to refer to the warning function of conviction and the experience of the former convict in order to give reasoning for the higher level of guilt.²²

Determination of the level of wrongfulness as well as the level of guilt is impossible based upon a previous conviction for such conduct that is separated by a sufficiently long period from the last criminal conduct, which practically excludes the possibility to determine the linkage between the previous and the latest criminal conducts.

According to some scholars, the level of guilt is higher when committing a new crime if the perpetrator has already been convicted of a criminal offense, since he/she has a better knowledge of the prohibited actions, than other persons (who have no criminal conviction).²³ The foregoing opinion is highly controversial. Knowledge of the prohibition cannot be divided into degrees. A person may foresee, to a greater or lesser degree, the possibility of the consequences as a result of his/her actions, or may not be aware of the illegitimacy of his/her actions. Howev-

er, this does not determine the level of knowledge of the prohibition. A person knows either that a certain action is illegitimate, or he does not. There is no such thing as appreciation of the prohibitions to a greater or lesser extent (realization). In the given case, "it is impossible to determine the degree of knowledge, i.e., cognitive condition."²⁴

Comprehension of the illegitimacy of an action is relevant at the time of the imposition of a sentence. According to Article 36 of the CCoG, if the omission can be forgiven, a person is released from criminal liability, and when the omission cannot be forgiven, responsibility of the perpetrator is relieved. The question as to whether or not the omission can be forgiven is determined with the existence of possibility for the perpetrator to have the knowledge of the illegitimacy of his/her actions. In case of such possibility, the omission cannot be forgiven; as for the existence of such possibility, it is forgivable. However, it should also be taken into account that here we speak of the existence of the possibility to know about the illegitimacy of an action and not the extent of the knowledge of the prohibition.

Accordingly, mitigation of responsibility based upon the unawareness of the illegitimacy of an action (when the omission is forgivable) does not give us the basis to acknowledge the idea of "excessive knowledge of the prohibition", and the possibility to determine guilt based upon the foregoing idea.²⁵

In the field of criminal law, there was an attempt to define the action carried out by a former convict as the violation of two different articles, hence, a double breach of duty and, accordingly, provide reasoning that the level of unrighteousness of an action is high.²⁶ However, as already mentioned above, it is unjustifiable to talk about the high level of unrighteousness of an action just because a former convict carried it out. Perpetration for a criminal offense by a former convict does not change the result, i.e., the outcome would not be different from the one that would have been caused by a criminal offense committed for the first time by the offender. Criminal conduct of former convicts and people with a non-conviction record entail the same consequences.²⁷

The level of unrighteousness of an action is determined in consideration of the circumstances of the criminal offense that needs to be assessed, and not the action carried out previously that is already assessed. When a former convict commits another crime, he/she indeed violated a legal norm for the second time – once, when he/she first committed a criminal offense of which he/she was convicted; and second, when he/she committed an offense that needs to be assessed. However, in spite of

²⁰ Frisch W., Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, S.773.

²¹ Hörnle T., Tatproportionale Strafzumessung, Berlin, 1999, S. 161.

²² Frisch W., Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, S.773.

²³ Hillenkamp T., Zur materiellen Rückfallklausel des § 17 StGB, GA 1974, S. 215.

²⁴ Hörnle T., Tatproportionale Strafzumessung, Berlin, 1999, S. 162.

²⁵ Hörnle T., Tatproportionale Strafzumessung, Berlin, 1999, S. 161-162.

²⁶ Mir Puig., Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallstrafschaerfung, ZStW 1974, S. 197.

²⁷ Erhard C., Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, Berlin, 1992, S. 260.

this, the foregoing still cannot be considered a double violation of a legal norm, which would entail the increase of the level of unrighteousness of an action last committed, since the previous action has already been assessed and the person has served a sentence.

Previous criminal conduct has very little to do with the last criminal offense committed. What can be the link between the previous and the last actions committed by the offender? The answer is simple: the perpetrator, who could not determine the gravity of wrongdoing.

T. Hornle correctly notes that it is unacceptable for a liberal state to prove the high level of unrighteousness of an offence because of the negligence of such an obligation for the second time, which constitutes a base of the criminal norm. Such a resolution of an issue better fits the approach of an authoritarian state.²⁸

According to the Federal Supreme Court of Germany, previous conviction in certain cases can be considered as extenuating and not the aggravating circumstance. The court should take into consideration the proportionality of the previous conviction, the extent of the sentence determined and whether or not the imposed sentence affected negatively upon the personal development of the perpetrator. This in the first place addresses young convicts. The Federal Supreme Court of Germany also notes that before Germany was united, more severe punishments were imposed upon wrongdoers in East Germany than in West Germany. Punishments were often unduly strict, which would affect the resocialization of the offender negatively.²⁹

Resocialization is one of the main objectives of punishment and this should also be taken into consideration while imposing a sentence upon a former convict. Imposed sentence should not cause the desocialization of the offender. Unconditional aggravation of punishment because of a previous conviction, without considering certain circumstances, cannot fulfill the goal of the punishment with regard to the resocialization of a criminal.

Consideration of the danger of a criminal and previous criminal offense committed by him/her while determining a sentence reduces the possibility to impose proportionate punishment. A person, who has already been convicted of a criminal offense, can be subjected to a stricter punishment considering certain circumstances, but, this may only happen for preventive purposes and not because of the fact that the degree of his/her guilt or wrongfulness of the action is high due to his/her previous conviction.

In case of a previous conviction, the following circumstances should be taken into consideration for the preventive purposes: type of the criminal act committed previously, number of criminal offenses, institution where the offender was tried, whether or not the imposed sentence was compatible with the criminal offense committed, and

whether or not the imposed punishment was unduly strict that disrupted the personal development of the offender. However, the given circumstances may not be exhaustive.

While imposing a sentence upon a former convict, the court should also take into consideration the situation in which the offender committed the crime, of which he/she was previously convicted. If a person, just like the nurse of the International Committee of the Red Cross, acted for the public good without remuneration and committed a punishable action during such activity (for instance, a traffic crime), a judge should consider the foregoing to the defendant's advantage.³⁰

According to Article 79 of the CCoG, for the determination of conviction, it should also be taken into account as to how much time has passed after serving of a sentence. In this regard, the gravity of the crime committed is also significant. A previous conviction record shall be removed or expunged after the expiration of the period set by the law and calculated after serving a sentence; the length of the period is different for all the crimes of three categories. If a person was convicted of a less grave crime and sentenced to imprisonment, it is necessary for a comparatively short period of time (three years) to pass after serving a sentence in order for the conviction record to become cleared or expunged. If a person was convicted of a grave or especially grave offense, a longer period has to pass in order for the conviction record to become cleared or expunged (six to eight years). In order to determine whether a certain period, passed after serving a sentence imposed for the previously committed crime, is enough for the conviction to become cleared/expunged or not, one should take into account not only the gravity of the crime, but the sentence imposed as well. For instance, if a person was sentenced to a less severe crime than imprisonment, one year would be enough for the conviction record to become cleared or expunged after serving a sentence, regardless of the gravity of the previously committed crime. If the convict was duly released before the expiration of his/her term, the term of extinction shall be respectively computed from the actually served term.

All of the abovementioned indicates that if a considerably long period has passed after the commission of a crime, the previous conviction may lose its relevance and may not be taken into consideration. However, in this case one should also take into account as to whether the significance of previous conviction is discussed in light of the qualification of an offense or with regard to the determination of the extent of a sentence. It is not excluded that while imposing a sentence, previous conviction for a crime committed in the past is still taken into consideration, in spite of the fact that a long time has passed after the offender served a sentence.

²⁸ Hornle T., *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, S. 162.
²⁹ BGHSt. 38. Band, 1993, S. 73.

³⁰ Zipf H., *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 70.

III. Conviction as a Qualifying (Legislative) Sign of Crime

According to the CCoG, conviction serves a dual purpose. It not only represents the factor that has to be taken into account while imposing a sentence, but also a legislative qualifying sign of certain criminal acts. In many cases, repeated crime is considered as an aggravating circumstance under a number of articles of the Private Part of the Code. For instance: sub-clause “e” of clause (3) of Article 109 of the CCoG; sub-clause “e” of clause (7) of Article 117 of the CCoG; sub-clause “a” of clause (3) of Article 137 of the CCoG, and so on. According to Article 15 of the CCoG, repeated crime means the perpetration of two or more offenses referred to in one article or part of the article of the CCoG, for which the person has already been convicted. Crime shall not be deemed as repeated if the person was released from criminal liability for the previous offense pursuant to the established rule or if previous conviction of such person was removed from the record or declared expunged. According to Article 79 (3), previous conviction record shall be expunged after the expiration of a certain period, calculated from the serving of a sentence. Correspondingly, repeated crime is present if a person has been previously convicted for the same criminal offense. However, serving a sentence does not automatically entail the expungement of record of conviction, since it is necessary that a certain period has passed.

According to the current wording of the CCoG, a defendant is subjected to a more severe punishment due to his/her previous conviction in past life, both by the judge and also by the law, which raises the question as to whether the criminal law is really the law of action and whether or not the law interferes with the functions of the judge.

As to the raised question, we may say that the declaration of previous conviction to be the qualifying sign of the *corpus delicti* of a crime is incorrect. It should only represent a sign that has to be taken into consideration while imposing a punishment. Previous wording of Article 15 of the CCoG was more justifiable and acceptable, according to which repeated crime was considered the perpetration of a certain criminal offense for the second time, while the perpetrator had not been convicted for the previous offense. Since the previous action, for which the offender had not been convicted, could be the reason to aggravate the punishment. It is more justifiable and acceptable that the law introduces a stricter sentence not because of the previously committed crime for which the perpetrator was already convicted, but rather because of the criminal offense for which the perpetrator has not yet been held responsible.

According to the current legislation, in order for a crime to be considered as a repeat crime, a conviction record that is not removed or declared expunged is significant. Under Article 79 (6) of the CCoG, “the expunged or removed

previous conviction record shall not be taken into account when settling the question related to criminal liability, qualification of the crime and measures of criminal coercion.” However, despite this regulation, in certain cases the judge may still take into consideration the removed or expunged previous conviction record, which will help the judge to determine the type and extent of a sentence that will have a preventive function for that particular perpetrator.

According to Article 53 of the CCoG, when awarding a sentence, the court shall take into consideration the past life of the defendant along with other circumstances. “Criminal record is undoubtedly meant under the past life of a defendant.³¹” Thus, conviction is part of a defendant’s past life despite the fact whether the conviction record is declared removed or expunged.

When we talk about the significance of consideration of previous conviction of a perpetrator when awarding a sentence, we should definitely emphasize one thing. If the relevant article of the CCoG refers to the previous conviction as the qualifying sign of the crime, the same sign cannot be taken into account for the second time when awarding a sentence. Otherwise, the principle of double jeopardy would be violated.

IV. Repeated Crime and Previous Conviction, Crime Aggravating or Establishing Circumstances?

As already mentioned above, repeated crime is referred to as an aggravating circumstance under many articles of the CCoG. While in order for a crime to be deemed as repeated, the defendant should already be convicted for the previous action, since the concept of repeated crime cannot exist without the latter. The foregoing raises a question: how can the issue be solved, when the perpetrated action does not entail criminal responsibility without the qualification of as a repeat crime? When the last action, due to its gravity and significance, does not create the basis for criminal liability unless the action is qualified as a repeat offence, does the punishment of the perpetrator, because of his/her previous conviction, gives the repeated crime the power to establish the basis for criminal liability?

In order to answer the aforementioned questions, we should discuss the following examples: “A” intended to steal a 100 GEL t-shirt from the store, as he was a student and did not have enough money to buy it. In order to fulfill his intentions, “A” decided to go to the supermarket during the day and check the surveillance cameras in order to get hold of the t-shirt clandestinely the next day. His suspicious behavior was noticed by the guard, who handed “A” over to the police, where “A” admitted everything.³² Would

³¹ I. Dvalidze, *General Part of the Criminal Code of Georgia, Punishment and Other Criminal Outcomes of the Crime*; Tbilisi, 2013, p. 35.

³² The given example is cited from B. Jishkariani book. See: B. Jishkariani, *Cases in the General Part of the Criminal Law*, Tbilisi, 2015, p. 99.

“A” be held responsible for the preparation of repeated theft?

Preparation of *corpus delicti* of theft, without the aggravating circumstance, is not punishable since stealing (Article 177 (1) of the CCoG) is a less grave crime. According to Georgian legislation, only the preparation of grave, especially grave and some less grave crimes is punishable (Article 18 of the CCoG). However, stealing does not fall under such category of less grave crimes. For that reason, opinion of those scholars who think that, in the abovementioned example, it is possible to hold “A” responsible for the preparation of repeated theft, is not correct.³³

In order for a person to be held liable for the preparation of a repeat theft, it is essential that the stealing falls under the category of crimes, preparation of which is punishable regardless of the existence of an aggravating circumstance. Otherwise, if a person is charged with the preparation of (repeated) stealing due to his/her previous conviction for theft, repetition of a crime would not constitute an aggravating circumstance. However, it rather would establish the basis of criminal liability, since, without previous conviction, the preparation of stealing is not punishable. As it turns out, previous conviction establishes the basis for criminal liability for stealing. Such resolution of an issue is unacceptable, as the repetition and, correspondingly, the previous conviction does not constitute a sign of wrongfulness or the guilt of a wrongdoer, but rather represents a fact related to the previous life of the defendant. Liability of a defendant should be based upon a wrongdoing, guilt and their gravity, and not the perpetrator or his/her past life.

Repetition, as a qualifying circumstance of an action, is present when a person is convicted for the crime envisaged in the same article of the Code and when the last action also entails separate criminal liability. For instance, in order for a person to be held responsible for stealing, it is essential that the value of the stolen item is not very low, since, according to Article 7 (2) of the CCoG, action that is of low significance is not considered a crime. It is impossible to punish such a person for repeated stealing, who has stolen a low-value item, even if he/she has been previously convicted for stealing and the conviction record was not declared removed or expunged.

According to the CCoG, in some cases, conviction for the same wrongdoing can establish the basis for criminal liability, which is not correct. For instance, Article 273 of the CCoG provides punishment for illegal manufacturing, purchase, storage or illegal consumption of drugs without medical prescription, possession of similar items in small quantity for personal consumption, by a person who has been subjected to an administrative penalty for the commission of such an act, or who has been convicted of this crime. If a person used a narcotic without doctor's pre-

scription for the first time, the action shall be qualified as an administrative infraction. However, if a person carries out similar conduct after the imposition of an administrative punishment or conviction for the crime envisaged by Article 273 of the CCoG, his/her actions shall be qualified not as administrative infractions, but rather as a felony. As it turns out, previous conviction and, correspondingly, past life of a defendant have the function to differentiate between petty crime and felony, which is incorrect. Petty crime is characterized with less dangerousness in comparison with felony. Dangerousness of an action cannot be increased if it is repeated and if the past life of the defendant is taken into account.

V. Lack of Criminal Record (Perpetration of an Offense for the First Time) and its Significance

It is a controversial issue as to whether the lack of criminal record of a defendant can always be assessed the same way and considered as a circumstance that extenuates a crime. According to the Federal Supreme Court of Germany, lack of criminal record, i.e., good conduct of a perpetrator in the past cannot be left beyond consideration while providing reasoning for the mitigation of responsibility.³⁴ Some German scholars who also refer to statistical data in order to strengthen their position share the foregoing opinion; 54.52% of male offenders convicted in 2009 in Germany had previous convictions. In general, one-third of males under 24 were convicted in the past. Based on the foregoing, some scholars agree with the Federal Supreme Court of Germany, which considers the lack of previous conviction as an extenuating circumstance.³⁵

W. Frisch expresses an opinion, in contradiction to the approach of the Federal Supreme Court of Germany, that it is incorrect to assess a case in question while considering a previous conviction and the past life of the defendant.³⁶

According to Tsippi, when awarding a sentence, mere reference to the fact that the defendant had not been previously convicted is not enough. It should also be taken into consideration that the flawless lifestyle and past life establishes the basis for higher responsibility. Driving for many years without a single casualty is respectable. On the other hand, many years of practice (than the lack of experience) can be held against a person involved in a traffic crime. Therefore, it is doubtful if many years of driving experience with no accidents can be assessed positively.³⁷

³⁴ BGH NStZ 1982, S. 376; NStZ 1983, S. 453.

³⁵ Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl., München, 2012, S. 181, Rn. 647.

³⁶ Frisch W., Über die “Bewertungsrichtung” von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht, GA 1989, S. 358.

³⁷ Zipf H., Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg. Karlsruhe, 1977, S. 69; Zipf/Dölling, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 823, §63 Rn. 160.

³³ See: B. Jishkariani, Cases in the General Part of the Criminal Law, Tbilisi, 2015, pp. 99-101.

More is expected of the one who has more experience and flawless past life. Therefore, it is unjustifiable to mitigate punishment only because of the fact that the defendant has no previous conviction. However, some authors correctly emphasize the importance of previous conviction for the imposition of a sentence due to its prevention purposes.³⁸

As it was already noted above, it is incorrect to consider previous conviction unconditionally as an aggravating circumstance when awarding a sentence. Previous conviction cannot be used in order to determine the degree of guilt and wrongdoing; however, this does not mean that the past life of a defendant has no real role at all. Past life of a defendant has to be taken into consideration in light of determining the type and extent of a sentence.

It is true that the past life of a defendant is important; however, just as a previous conviction does not always aggravate a crime, lack of criminal record should not mitigate the crime in all cases of wrongdoings and under all circumstances either.

VI. Conclusion

When awarding a sentence, the court should take previous conviction of a defendant into account in order to assess risk factors and the possibility for the defendant to commit another crime in the future properly. Previous conviction should not always be considered as an aggravating circumstance. It should rather be taken into consideration along with other factors such as the number and type of crimes committed in the past, situation in which the crime was committed (for instance, violent crime, deliberately or through negligence), and so on. If a person committed a crime through negligence in the past and considerably long period has passed since then, such previous criminal conduct cannot be considered as an aggravating circumstance. Just like the previous conviction is not an a priori aggravating circumstance, neither is the lack of criminal record is an a priori crime mitigating circumstance.

A person with no criminal record and more experience might be judged more severely than the one with previous conviction and with no experience. The fact that a person is an experienced driver and has not committed a traffic crime in the past indicates that he had a better possibility to foresee the consequence that would be caused by his/her illegal actions. Accordingly, in this case, experience of the perpetrator is highly important. In certain cases, previous conviction of a defendant (or the lack of criminal record) should be taken into consideration along with these circumstances.

Previous conviction may as well be considered as a crime mitigating circumstance, if the defendant was award-

ed unduly high or disproportionate sentence in the past, which had a negative impact on his/her personal development. It is not excluded that this could constitute one of the contributing reasons for committing a repeated crime. Correspondingly, when considering a previous conviction, the court should also pay attention to the circumstances under which the defendant was tried in the past.

Previous conviction does not affect the level of wrongfulness and the degree of guilt. It constitutes a circumstance related to the perpetrator. Determination of the level of wrongfulness and the degree of guilt cannot be done if based upon such previous conviction, which has nothing in common with the last criminal conduct that has to be assessed.

Certain articles of the CCoG refer to previous conviction as the qualifying, aggravating circumstance of the crime. The foregoing obliges the judge to consider previous conviction when qualifying a crime, which is not correct. Previous conviction cannot constitute a qualifying sign of a crime since it does not affect either the level of wrongfulness or the degree of guilt. Previous conviction should only be considered when awarding a sentence (and not while qualifying a crime). It is also noteworthy that previous conviction should be taken into account along with other circumstances. However, if the article of the Special Part of the CCoG refers to previous conviction as the qualifying sign of the crime, then the previous conviction automatically causes the aggravation of the crime without consideration of other circumstances, which is incorrect.

According to sub-clause "e" of Article 260 (2) of the CCoG, the same action (Illegal manufacturing, production, purchase, storage, transportation, transfer or sale of drugs, and possession of similar substances,) perpetrated by one who has previously committed one of the offences referred to in a particular Chapter of the CCoG shall be punishable. A perpetrator of the criminal offense envisaged by Article 260 of the CCoG could be previously convicted for a drug-related offense through negligence provided by Article 269 of the CCoG, which imposes punishment for the violation of the procedures for manufacturing, production, receipt, keeping records of, issuance, storage, transportation, transfer or import of drugs. According to sub-clause "e" of Article 260 (2) of the CCoG, an element qualifying the crime may as well be the previous conviction for criminal negligence, which is not correct.

In general, previous conviction for a crime committed through negligence should not be counted as an aggravating factor for a present criminal offense. However, previous conviction for negligence can only aggravate a crime (in an exceptional situation), if the case concerns, for instance, a traffic crime committed repeatedly. Accordingly, previous conviction for negligence should be discussed differently, while taking into consideration different circumstances of the case

³⁸ Zipf/Dölling, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, S. 823, §63 Rn. 161.

The Issue of Safeguarding the Right of the Accused to Defense in Case of Changing the Accusation by the Court

I. Introduction

The Republic of Armenia (hereinafter: RA) is currently almost completing the drafting of the new Criminal Procedure Code, wherein one of the most contested issues was changing the accusation against the accused by the court on its own initiative. During the last eight years that the RA Criminal Procedure Code has been in force (hereinafter: Code), the concept of the new RA Criminal Procedure Code (hereinafter: Concept), the draft of the new RA Criminal Procedure Code (hereinafter: Draft), and all the possible legal regulations known in criminal procedure law concerning the participation in the process of changing the accusation by the court have been defined or have been discussed in order to define, including the institution of sending a criminal case by a court for additional investigation, the changing of the accusation by the Prosecutor General based on a court's motion, the changing of an accusation by a court based on the motion of the defense party, changing of the accusation by a court, if it does not violate the right of the accused to defense and does not worsen his/her condition, and the changing of an accusation by a court on its own initiative in relation to the legal assessment, also including aggravation.

However, when discussing the models of changing an accusation by court, the issue of safeguarding the right of the accused to defense during the exercise of that power by the court was somehow ignored, which is of no less importance. Therefore, within the framework of this work, an attempt will be made to study the issue of the right of the accused to defense during the exercise of the above-mentioned power by the court in the Code as well as in the Draft, to show the drawbacks of the regulations prescribed by the Code in force, and to present proposals for the improvement of the regulations defined by the Draft.

II. The Issue of Safeguarding the Right of the Accused to Defense in Case of Changing the Accusation by the Court under the Regulations Prescribed by the Code

The Code did not separately regulate the issue of changing the accusation against the accused by the court. When rendering a verdict, the changing of the accusation by the court is regulated by the rules defined by the second paragraph of Article 309 of the Code. According to the above-mentioned provision, changing an accusation is permitted during the trial, if it does not worsen the condition of the accused and the right of the accused to defense is not violated. That is, the court when changing the accusation during rendering the verdict must be led by the following rules:

1. it must not worsen the condition of the accused; and
2. the right of the accused to defense must not be violated.

The above-mentioned two conditions are prescribed by the criminal procedure codes of almost all post-Soviet countries, e.g., the second paragraph of Article 325 of the Criminal Procedure Code of Moldova; the second paragraph of Article 337 of the Criminal Procedure Code of Ukraine; the second paragraph of Article 415 of the Criminal Procedure Code of Uzbekistan; the second paragraph of Article 252 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation; the fifth paragraph of Article 301 of the Criminal Procedure Code of Belarus; the second paragraph of Article 320 of the Criminal Procedure Code of Kazakhstan; and the second paragraph of Article 285 of Criminal Procedure Code of Tajikistan.

These strict limitations on changing the accusation by the court aim at protecting the rights and lawful interests of the accused on the one hand, and at rendering a lawful and justified verdict in relation to a criminal case on the other hand.² Moreover, the issue of worsening the condition of the accused is determined by the severity of the accusation and the issue of the violation of the right of the accused to defense by the significance of the amendments that are made to the accusation.³

Thus, the occurrence of unfavorable consequences for the accused compared with the initial accusation

¹ Head of the Legal Department of the RA National Assembly; lecturer at the Chair of Criminal Procedure and Criminalistics of the Law Faculty of the Yerevan State University.

² See Бравилова Е. А. Пределы судебного разбирательства по УПК РФ // Актуальные проблемы реформирования законодательства и экономики России и стран СНГ-2002. Материалы Международной научно-практической конференции (Limits of the Court Trial According to the Criminal Procedure Code of the Russian Federation// The Actual Problems of the Reforms of the Legislation and the Economy of Russia and CIS member states – 2002. The Materials of the International Scientific-practical Conference), 12-13 апреля 2002г.: В 3 ч./ Под общ. ред. В.А. Киселевой. Юж. Урал. гос. ун-т, Фак. Экономика и право. – Челябинск. 2002, р. 194.

³ See Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 апреля 1996г. №1 «О судебном приговоре», Бюллетень Верховного Суда РФ. №7. 1996, pp.2-8.

against him/her is the criterion for determining the inadmissibility of the worsening of the condition of the accused as a result of changing the accusation. As a result of changing the accusation, the condition of the accused worsens if unfavorable consequences occur for the accused compared with the initial accusation against him/her. Thus, the court is not competent to change the accusation presented against the person during the preliminary investigation with the aim of aggravating it neither on its own initiative, nor based on the prosecutor's motion or any other ground.⁴ As a result of changing the accusation by the court, either the accusation against the accused must be mitigated, or the legal qualification of the accusation attributed to the accused must not be changed. Thus, each time when the initial accusation is changed with a more stringent one, the condition of the accused worsens.

Many criminal procedure specialists consider the second condition of changing the accusation by the court, which is the inadmissibility of the violation of the right of the accused to defense, as a criminal procedural condition as it is related to the right of the accused to defense by the means and methods prescribed by procedural law.⁵ Almost all the authors relate the material change in the accusation by the court that it is the violation of the right of the accused to defense, to the change of factual circumstances or the occurrence of new facts.⁶

It is definitely acceptable that the right of the accused to defense is violated in case of changing the accusation, if new evidence is required for the refutation of the changed accusation or double assessment of the evidence present in the case.⁷ According to another opinion, the right of the accused to defense is violated when certain factual circumstances are changed, which describe the features of the corpus delicti of a new crime.⁸ There is a violation of the right to defense in cases when new factual circumstances or factual circumstances unknown to the accused occur in the changed accusation regardless of which ele-

ments of the crime they describe, or whether they are included in the corpus delicti or not.⁹

Thus, the inadmissibility of the violation of the right to defense means that the court may change the accusation only based on those factual circumstances, which served as a ground for the initial accusation, or may remove separate factual circumstances. In case of changing the accusation based on a factual circumstance, the court may not change the set of factual circumstances attributed to the accused or add new factual circumstances. Thus, in the criminal case S¹ (TD) /0115/01/09, the accused was found guilty for committing the crimes prescribed by the sixth sub-paragraph of the second paragraph of Article 34-104 (attempt of murder in a way dangerous for the lives of many people), the first paragraph of Article 235, and the first paragraph of Article 325 of the RA Criminal Code. However, no factual circumstance was mentioned in the accusation against the accused, which would describe or approve the existence of the qualifying feature (i.e., in a manner dangerous to the lives of many people) prescribed by the sixth sub-paragraph of the second paragraph of Article 34-104 of the RA Criminal Code.¹⁰ Whereas, in order to qualify the act attributed to the accused as a crime prescribed by the sixth sub-paragraph of the second paragraph of Article 34-104 of the RA Criminal Code, the feature "in a way dangerous for the lives of many people" constituting an indispensable element of the given corpus delicti must have been attributed to the accused, and proved by certain facts serving as a basis for the criminal legal qualification of the act.¹¹

Thus, in its judicial act, Tavush District Court of First Instance attributed to the accused such a factual circumstance of criminal legal significance that is "in a way dangerous for the life of many people", which was not attributed to the accused in the prosecutor's accusation, thus gravely violating the right of the accused to defense.

Thus, if the court changed or supplemented factual circumstances that were examined during the court trial and were corroborated by the collected evidence, but were not attributed to the accused, were not considered by the prosecutor as a basis for the accusation, then it means that the accused did not have adequate time, means, or possibility to deny them. In this case, the accused is deprived of facilities and adequate time to understand comprehensively the act that was attributed to him/her, to choose the most correct position or tactics of defense or take new measures, to file motions in order to receive additional evidence or to mitigate the punishment. When changing the accusation

⁴ See the 27th paragraph of the decision № ԵՉԴ (EKD) /0030/01/12 of 5 December 2012 of the RA Cassation Court in relation to the criminal case with respect to Suren (Romik) Hakobyan.

⁵ See Бравилова Е.А. Пределы судебного разбирательства (Limitations of the Court Trial): дис. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004, p. 162.

⁶ See Цыпкин А.Л. Судебное разбирательство в советском уголовном процессе. Саратов, 1962, p. 44, Калашникова Н.Я. Гарантия права обвиняемого на защиту при изменении обвинения и наказания, Москва, 1975, p. 95, Панов Н.И. Изменение обвинения в стадии судебного разбирательства по новому УПК РСФСР// Новое уголовное и уголовнопроцессуальное законодательство РСФСР/ Под ред. Ф.Н. Фаткуллина. Казань, 1961, p. 182-187, Резник Г. М. Изменение обвинения в приговоре// Советская юстиция. 1970. №22. p. 24, Фаткуллин Ф.Н. Обвинение и судебный приговор. Казань. 1965. pp.214-215.

⁷ See Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ. Постатейный./ Под общ. ред. В.И. Радченко. Москва, 2003, p. 600.

⁸ See Фаткуллин Ф.Н. Изменение обвинения. Москва, 1971. Pp.57-58; Калашникова Н.Я. Изменение обвинения в судебных стадиях советского уголовного процесса. Москва, 1977. Pp.92-94.

⁹ See Мотовиловкер Я.О. Некоторые вопросы теории советского уголовного процесса в свете нового уголовно-процессуального законодательства. Кемерово. 1962. P. 47, Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. Москва, 2001, p. 295.

¹⁰ See S¹ (TD) /0115/01/09 on a criminal case, volume 2, p. 280:

¹¹ See the 25th paragraph of the decision S¹ (TD) /0115/01/09 of 05.11.2010 of the RA Cassation Court on criminal case in relation to Arkadi (Patvakan) Papyan.

the court may remove the factual circumstances of the initial accusation or leave them unchanged, but may not change those factual circumstances or add new ones.

According to the prevailing opinion in the legal literature of post-Soviet countries, the violation of the right of the accused to defense is always related to the change of the factual circumstances of the case.¹² However, we think that the violation of the right of the accused to defense is possible not only in cases when the factual circumstances on which accusation is based are changed, but also in cases when the legal qualification of the act is changed.

The case law of the European Court must be studied in detail with respect to the given issue. According to the European Court, the elements of the accusation play a decisive role in criminal procedure, from the moment they are submitted the accused person is considered to be informed officially and the factual and legal bases of the accusation presented against him/her in a written form.¹³ The accused must have a right to be acquainted not only with the material facts on which the accusation was based, but also with the legal qualification of those facts.¹⁴ That is, being informed in detail about the nature and bases of the accusation includes the frame of the factual circumstances attributed to the accused as well as their legal qualification.

Moreover, the above-mentioned right of the accused is an important prerequisite¹⁵ of the right to a fair trial prescribed by the first paragraph of Article 6 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and it must be taken into consideration by the accused in the light of preparing for his/her defense.¹⁶

The European Court has referred in detail to the inadmissibility of the violation of the right of the accused to defense when changing the legal assessment of the accusation by the court in the case of *Mattei v. France*.¹⁷ In this case, Mattei was sentenced to four years of imprisonment by the first instance court in March 2000 for the attempt of extortion related to committing terrorist acts and activ-

ities. The judicial act was brought to the Appellate Court, which requalified Mattei's actions as helping and abetting to attempt extortion and conspiracy to participate in terrorist acts, and sentenced him to three years of imprisonment. Later Mattei lodged an appeal at the Cassation Court stating that his right to defense was violated as a result of the requalification of his act. After the Cassation Court dismissed his appeal, he lodged an appeal to the European Court.

In order to decide whether in the given case the applicant's, that is Mattei's, right to defense was violated or not, the European Court stated that though in the court of first instance the possibility of qualifying Mattei's acts as conspiracy and helping and abetting the attempt of extortion was discussed, however, during the investigation of the case abetting and helping were not given any criminal legal qualification. Consequently, in no way it can be considered as being proved that Mattei could have realized that his acts would be qualified as conspiracy and complicity.

Therefore, it would be logical to suppose that compared with the initial accusation, the applicant's strategy of defense would be changed in relation to the changed accusation. According to the European Court, the verdict rendered by the Appellate Court was, in fact, milder than that of the first instance court; however, there has been interference with the applicant's right to be informed in detail of the nature and grounds of the accusation against him, and with his right to have adequate time and facilities for the preparation of his defense.¹⁸

Thus, referring to the present case, the European Court stated about the violation of the right of the accused to defense as a result of changing the accusation by the court which, however, occurred not because of the change or addition of the factual circumstances serving as a basis for the accusation, but because of the fact that the defense party would undertake another strategy and tactics of defense in case of a changed accusation.

Consequently, there is a violation of the right of the accused to defense in cases when, within the framework of the same factual circumstances, the legal qualification of the act is changed by the court, and the accused has no opportunity to defend him/her against the new accusation. Informing the accused accurately and completely about the possible legal qualification of the accusation is a significant prerequisite of a fair trial.¹⁹

The European Court has reaffirmed its position in its many other decisions.²⁰ In the case of *Sadak and others*

¹² See Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / Отв. ред. Петрухин И.Л. Москва, 2002. р. 337, Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу. Постатейный/ Под общ. ред. В.И. Радченко. Москва., 2003. Р. 600:

¹³ See the decision of 19 December 1989 of the European Court in relation to the case of *Kamasinski v. Austria*.

¹⁴ See the decision of 25 April 1999 of the European Court in relation to the case of *Pélissier and Sassi v. France*; the decision of 1 March 2001 of the European Court in relation to the case of *Dallos v. Hungary*.

¹⁵ See the decision of 27 February 1980 of the European Court in relation to the case of *Dever v. Belgium*; the decision of 13 May 1980 of the European Court in relation to the case of *Artico v. Italy*; the decision of 09 April 1984 of the European Court in relation to the case of *Goddi v. Italy*; the decision of 12 February 1985 of the European Court in relation to the case of *Collotsa v. Italy*.

¹⁶ See the decision of 25 April 1999 of the European Court in relation to the case of *Pélissier and Sassi v. France*; the decision of 20 September 2001 of the European Court in relation to the Case of *Lakatos v. Hungary*.

¹⁷ See the decision of 12 December 2006 of the European Court in relation to the case of *Mattei v. France*.

¹⁸ See the decision of 12 December 2006 of the European Court in relation to the case of *Mattei v. France*.

¹⁹ See the decision of 25 April 1999 of the European Court in relation to the case of *Pélissier and Sassi v. France*;

²⁰ See the decision of 25 September 2008 of the European Court in relation to the case of *Seliverstov v. Russia*; the decision of 25 July 2005 of the European Court in relation to the case of *Matoch v. Italy*; the decision of 1 March 2001 of the European Court in relation to the case of *Dallos v. Hungary*; the decision of 10 July 2002 of the European Court in relation to the case of *Sipavicius v. Latvia*;

v. Turkey, the European Court, analyzing the corpus delicti of the initial accusation (treason against the integrity of the state) and the corpus delicti of the accusation changed by the court (belonging to an illegal armed organization), mentioned that none of them was the organic element of the other. Therefore, the European Court concluded that exercising its right of changing the qualification of the facts the court of Turkey had to provide the defense party with adequate time for the preparation of an efficient defense against the new accusation. Consequently, the applicants did not have sufficient possibility to predict that the initial accusation concerning treason against the integrity of the state could have changed to another accusation.

The European Court reaffirmed its legal position expressed in the previous decision, according to which the right of the accused to defense is violated in cases when within the same factual circumstances, the legal qualification given to the act is changed and the accused does not have possibility to defend him/her against the changed accusation. At the same time, the European Court pointed out that there is such violation if the corpora delicti of the initial accusation and the changed accusations are organically different, that is, when the changed accusation is not a part of the initial accusation.²¹

The joint analysis of the decisions of the European Court shows that in case of changing the legal qualification aspect of the accusation by the court within the framework of the same factual circumstances, the person's right to defense is violated, if:

- 1) the accused does not predict the possibility of such a change in the legal assessment of the accusation by the court; or
- 2) the accused is not able to react in time and efficiently changing the strategy of his/her defense if needed.

Thus, the violation of the right of the accused to defense is possible not only in cases when the factual circumstances underlying the accusation are changed, but in also when the legal qualification of the act is changed. Therefore, the violation of the right to defense may occur as a result of the change of factual circumstances and as a result of the change of the legal qualification of the act. The inadmissibility of the violation of the right of the accused to defense is not preserved in cases when the accused is deprived of the means of protection prescribed by the criminal procedural law as a result of the change of legal and factual circumstances.²² Thus, according to the Criminal Procedure Code in force, the change of the accusation attributed to the accused is admissible if:

1. the accusation against the accused is not changed into a more stringent accusation (the condition of the inadmissibility of worsening the condition of the accused);
2. no factual circumstances are added in the basis of the accusation, which were not included in the basis of the initial accusation against the accused (the first condition of the inadmissibility of the violation of the right of the accused to defense); and
3. within the framework of the same factual circumstances when changing the legal qualification aspect of the accusation, the accused is not able to predict the possibility of such a change in the legal assessment of the accusation and to react to it promptly and efficiently (the second condition of the inadmissibility of the violation of the right of the accused to defense).

Moreover, in case of the regulations prescribed by the Code in force, the preservation of the third condition in relation to changing of the accusation by the court is most controversial as no mechanism is defined through which the court could discuss with the parties of the proceedings the possibility of applying other criminal-legal norm with respect to factual circumstances, as result of which the accused is not able to predict the possibility of changing the legal qualification of the accusation by the court and consequently is not able to react to it promptly and efficiently.

Such a regulation is defined in the German Criminal Procedure Code. According to Article 265 of the Criminal Procedure Code of the Federal Republic of Germany, the accused may not be convicted based on the criminal law norm which is not mentioned in the accusation admitted for court trial unless he/she was informed in advance about the possibility of changing the accusation and was given a possibility to defend himself/herself against the accusation. A person must be informed about the change of the accusation also in cases when a milder criminal legal norm is applied.²³ A similar regulation is defined also in the criminal procedural rules of England; the court may make amendments in the accusation on its own initiative. However, the court must give a possibility to the parties to express their opinions concerning the amendments to be made.²⁴

The absence of such a mechanism in the Code in force often results in the violation of the right of the accused to defense. For instance, on 19 September 2012, Arman Ayvazyan was accused with respect to the first paragraph of Article 308 of the RA Criminal Code (abuse of official authority). In its decision of 27 June 2013, the first instance court requalified the act attributed to him from the first paragraph of Article 308 of the RA Criminal Code into the

the decision of 17 July 2001 of the European Court in relation to the case of Sadak and others v. Turkey; the decision of 6 June 2002 of the European Court in relation to the case of Feldman v. France.

²¹ See the decision of 17 July 2001 of the European Court in relation to the case of Sadak and others v. Turkey.

²² See Бравилова Е.А. Пределы судебного разбирательства (Limitations of the Trial): Дис. канд. юрид.наук Екатеринбург, 2004. p. 139.

²³ See Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ (Criminal Procedure Law of the Russian Federation): Учебник, 6-е изд., с доп. и изм. Красноярск, 2004. Pp.221-222.

²⁴ See Уолкер Р. Английская судебная система (English Court System). Москва, 1980. Pp.495-496.

first paragraph of Article 315 of the RA Criminal Code (official negligence). However, before the decision, neither the prosecutor nor the court discussed in any way the possibility of changing the act attributed to the accused from abuse of official authority into official negligence. Hence, the accused could not predict in any way such a development of the situation being unable to react to it promptly and efficiently.²⁵

Another example is the decision ՏՂ (TD) /0017/01/09 on the criminal case where the accusation against the accused was changed by the court from the fourth paragraph of Article 311 of the RA Criminal Code (taking bribes) into the third sub-paragraph of the second paragraph of Article 178 of the RA Criminal Code (swindling). In this case too, before the decision, neither the prosecutor nor the court discussed in any way the possibility of changing the act, attributed to the accused, from taking bribes into swindling, and the accused could not in any way predict such a development of the situation being unable to react to it promptly and efficiently.²⁶

However, the right of the accused to defense is not violated when the principle of absorption applies between the initial and changed accusations. For instance, in the decision ԵԱԴԴ (EADD) /0033/01/13 on a criminal case, the court changed the accusation from the third sub-paragraph of the second paragraph of Article 179 of the RA Criminal Code into the first paragraph of Article 179. The court stated that as a result of the change of the accusation, the right of the accused to defense is not violated as the facts of the case are the same, and both during the preliminary investigation and the court trial the accused had a possibility to defend him against the accusation of committing theft in large amount.²⁷

In another criminal case ԵԱԿԴ (EAKD) 0171/01/09, the court has changed the accusation against the accused from the first sub-paragraph of the third paragraph of Article 177 of the RA Criminal Code (theft committed in particularly large amount) into the second sub-paragraph of the second paragraph of Article 177 of the RA Criminal Code (theft committed in large amounts).²⁸ Though in the above-mentioned cases the court did not discuss in any way the possibility of changing the legal assessment of the accusation, based on the fact that theft committed in large amounts is the organic element of theft committed in particularly large amount, the right of the accused to defense is however not violated.

In this case, the so-called principle of absorption applies when the accusation including qualified features of a corpus delicti encompasses the simple (“nominal”) accusation. In a similar way, the exclusion of circumstances aggravating the punishment and other negative circumstances does not violate the right of the accused to defense; neither does it challenge the preservation of the presumption of innocence by the court.²⁹ The defense against the legal assessment of the initial accusation also includes the defense against its organic element. The European Court also expressed a similar legal position.³⁰

Thus, the Code endowing the court with the power to change the accusation on its own initiative, did not foresee any legal procedure within the framework of which the court can discuss with the parties of the proceedings the possibility of applying another criminal legal norm, another legal assessment in relation to the factual circumstances attributed to the accused. In such conditions, the court before rendering a verdict cannot discuss this issue in any way, thus referring to it only in the final judicial act.

Based on the above-mentioned in the RA criminal procedure, the occurrence of the violation of the right of the accused to defense as a result of changing the accusation by the court has objective reasons as it is mostly conditioned by the incompleteness of the Code. In fact, in every case when the court changes the legal qualification of the act attributed to the accused, the right of the accused to defense is violated unless the legal assessment of the initial accusation absorbs the legal assessment of the new accusation. Therefore, the institution in question is not regulated sufficiently by legislation in order to ensure the right of the accused to defense.

III. The Issue of Safeguarding the Right of the Accused to Defense when Changing the Accusation by the First Instance Court According to the Regulations Prescribed by the Draft

According to the first paragraph of Article 283 of the Draft, in any event, the court shall be confined by the factual circumstances underlying the accusation presented to the accused. The court shall be confined by the legal assessment given to the alleged factual circumstances (the alleged act) only when it has not discussed the issue of a differing legal assessment for the parties in the framework of due process of law. That is, according to the Draft, the court is bound by the frame of factual circumstances, which the court may change or add. The court may change the facts only by removing separate factual circumstances from the accusation. Therefore, with respect to this part, the Draft has preserved the condition of admissibility of

²⁵ See the verdict ԱՎԴ (AVD) /0060/01/12 on criminal case of 27.06.2013 of Ararat and Vayots Dzor Districts Court of First Instance.

²⁶ See the verdict ՏՂ (TD) /0017/01/09 on criminal case of 14.08.2009 of Tavush District Court of First Instance.

²⁷ See the verdict ԵԱԴԴ (EADD) /0033/01/13 on criminal case of 14.10.2013 of Court of General Jurisdiction of Ajapnyak and Davtashen Administrative Districts of Yerevan.

²⁸ See the verdict № ԵԱԿԴ (EAKD) 0171/01/09 on criminal case of 21.06.2010 of Court of First Instance of Arabkir and Qanaqer-Zeytun Communities of Yerevan.

²⁹ Paragraph 8.24 of the Concept

³⁰ See the decision of 17 July 2001 of the European Court in relation to the case of Sadak and others v. Turkey.

changing the accusation of the RA Criminal Procedure Code in force, which has been analyzed within this article.

According to the fourth paragraph of Article 284 of the Draft, when rendering the verdict the court may, without going beyond the scope of the factual circumstances underlying the accusation, and in compliance with the conditions prescribed by this Code, give another legal assessment to them or remove from the accusation certain acts attributed to the accused.

According to the regulation prescribed by the Draft, if the court, as a result of examining in the deliberation room the evidence confirming the act committed by the accused, concludes that legal assessment of the act attributed to the accused is not robbery as it was presented in the accusation but is banditry, then it must change the accusation rendering a verdict for the committal of banditry.

However, the power of the court to apply the substantive norm at its own discretion in terms of both aggravating and mitigating may be applied only in those cases if the issue of the differing legal assessment has been discussed by the parties within the framework of due process of law. The court may not apply a legal assessment other than what is given in the accusation if it was not discussed in advance with the parties of the proceedings. Thus, before rendering the verdict, the court must discuss with the parties of the proceedings the issue of applying and interpreting the substantive norm to be applied if it is different from the given norm. The court may not apply a norm other than the given criminal norm, its relevant paragraph or sub-paragraph, if it was not discussed in advance with the parties. The same rules apply to those cases when though the qualification of the act remains the same as a result of changing the accusation. However, the disposition of *corpus delicti* changes, that is, the content of the features of the crime or the description of the actions attributed to the accused. Otherwise, the court is bound by the legal assessment presented by the prosecution party.

Prescription of such conditions for the application of the court's power to change the legal assessment of the accusation is not purposeless. It is conditioned by the need to ensure the right of the accused to defense, which derives from precedential practice of the European Court studied in the framework of this work.³¹ Hence, the aim of prescribing such a norm is the elimination of the legislative gap existing in the Code in force as a result of which the court does not have any legal mechanism to discuss the possibility of applying another criminal legal norm in relation to the factual circumstances present in the case with

the parties of the proceedings. In order to ensure the application of this rule, the Draft foresees the change of the legal assessment of the accusation by the court without discussing it with the parties within the frame of a due legal procedure as a material violation of a criminal procedure law and an indispensable ground for quashing the judicial act. Thus, in any case if the court in any way changes the legal assessment of the accusation, it must discuss that issue in advance according to the procedure prescribed by law. Otherwise, the judicial act of the court is subject to mandatory quashing.

The court in terms of time may discuss the issue of the differing legal assessment with the parties twice. For the first time, the court may use this power at the end of closing speeches before the final statement of the accused and before moving to a separate room to render the verdict. For the second time, according to the second paragraph of Article 349, after having moved to a separate room for rendering a verdict when the court finds that there is a need to discuss any issue of the application or interpretation of law, takes a decision on resuming the closing speeches. Thus, unlike the Code in force, the Draft defines a legal mechanism, through which the court can discuss with the parties the issue of changing the legal assessment of the accusation. As it has already been mentioned, this mechanism aims at ensuring the right of the accused to defense, which according to the case-law decisions of the European Court must include:

- 1) a possibility for the accused to predict the possibility of such a change of the legal assessment of the accusation by the court; and
- 2) a possibility for the accused to react to it in time and efficiently changing his/her strategy of defense when needed.

Thus, there is a need to find out whether the above-mentioned two safeguards of the accused's defense apply in cases when the changed legal assessment is discussed by the court with the parties of the proceedings.

In this respect, we refer again to the criminal case ԱՎԴ /0060/01/12, which has already been discussed within the framework of this work. With respect to the given criminal case, the court in its decision requalified the accusation against the accused from the first paragraph of Article 308 of the RA Criminal Code into the first paragraph of Article 315 of the RA Criminal Code (official negligence). In case of this criminal legal regulation, the court, during the closing speeches or after having moved to a separate room to render a verdict, has to discuss with the parties whether Article 315 and not Article 308 of the RA Criminal Code is applicable with respect to the factual circumstances mentioned in the accusation, by holding a separate consultation if needed.³²

³¹ See the decision of 25 September 2008 of the European Court in relation to the case of Seliverstov v. Russia; the decision of 25 July 2005 of the European Court in relation to the case of Matoch v. Italy; the decision of 1 March 2001 of the European Court in relation to the case of Dallos v. Hungary; the decision of 10 July 2002 of the European Court in relation to the case of Sipavicius v. Latvia; the decision of 17 July 2001 of the European Court in relation to the case of Sadak and others v. Turkey.

³² See the verdict ԱՎԴ /0060/01/12 on criminal case of 27.06.2013 of Ararat and Vayots Dzor Districts Court of First Instance.

It is beyond doubt that in case of discussing the issue of a differing legal assessment; the defense party may predict the possibility of the change of the legal assessment of the accusation. However, is the second condition preserved in this case? That is, whether the defense party can react to it in time and efficiently changing his/her defense strategy if needed. The Draft does not foresee the possibility for the defense party to present additional evidence or react to it in any way in such cases for the refutation of the changed legal assessment. The Draft does not foresee whether in this case the defense party may file a motion to the court to postpone the examination of the case in order to change his/her strategy against the changed legal assessment. The only way through which the defense party can react is by submitting a written opinion to the court in relation to the application of law, that is, in relation to the changed legal assessment of the accusation.

In this respect, again there is a need to refer to the decision of the European Court in the case of *Sadak and others v. Turkey*. In this case, the applicants were accused of treason against the integrity of the state and carrying out a separatist activity. However, on the day of announcing the verdict, the court suggested that they prepare themselves for the new accusation, i.e., belonging to an illegal armed organization.

At the same time, the court had rejected the motions of the applicants requesting additional time in order to prepare the defense against the new accusation. The latter were claiming that they did not have a possibility to prepare an adequate defense against the new accusation and present new evidence. In relation to this case, the European Court concluded that using its indispensable power to change the qualification of the facts, the court of Turkey had to provide the defense with adequate time to prepare an efficient defense against the new accusation.³³ It stems from the above-mentioned analysis that only prediction by the defense party about the possibility of the change of the legal assessment of the accusation is not enough to determine the violation of the right to defense of the accused. The defense must also have adequate time and facilities to react to it.

In the given case, the defense party must have been given a possibility to present necessary evidence and arguments for the refutation of the *corpus delicti* prescribed by Article 315, as it does not constitute an organic part of Article 308. That is, if the court discusses the issue of the differing legal assessment, it must ask the defense party whether the latter wants to present additional evidence or arguments or postpone the examination of the case as a result of the need to change the defense strategy. Consequently, addressing questions by the court concerning the application or interpretation of law or holding a separate

consultation for those issues in the presence of the prosecutor, defender and the victim is not sufficient to ensure the right to defense of the accused. In addition to this regulation, there is a need for the Draft to prescribe that the court, when discussing the issue of the differing legal assessment if the defense party desires so, must postpone the hearing to enable the defense party to take new measures.

As stated above, according to the Draft, the court in any case changing the legal assessment of the accusation must discuss it with the parties in advance. It refers also to cases when the absorption principle applies according to which the accusation including qualified features of a *corpus delicti* encompasses the simple ("nominal") accusation.

Within the framework of this work, the decision ԵԱԿԴ (EAKD) 0171/01/09 on criminal case has already been analyzed in which the court had changed the accusation against the accused from the first sub-paragraph of the third paragraph of Article 177 of the RA Criminal Code (theft committed in particularly large amount) into the second sub-paragraph of the second paragraph of Article 177 of the RA Criminal Code (theft committed in large amounts).³⁴ Though in the given case the court did not discuss in any way the possibility of changing the legal assessment of the accusation, however based on the fact that theft committed in large amounts is the organic element of theft committed in particularly large amount, we have stated the absence of the violation of the right to defense.

However, according to the Draft, in the given case the court must discuss with the parties the issue of the differing legal assessment.

We think that there is no need to discuss the possible change of the accusation as, in case of changing the accusation by the court, the right to defense of the accused is not violated. Because, the defense of the accused, who is charged of committing a theft in particularly large amount, also includes the defense against theft in large amount. This refers to all cases when the legal assessment of the initial accusation includes the legal assessment of the changed accusation.

Here, there is no need to foresee the mandatory discussion of the issue of the differing legal assessment, and the court must have the power to change the legal assessment of the accusation without discussing it with the defense party. A similar legal position was expressed also by the European Court.³⁵ Therefore, the first paragraph of Article 283 must prescribe exceptions for those cases when the differing legal assessment constitutes a part of the legal assessment given to the factual circumstances (act).

³³ See the decision of 17 July 2001 of the European Court in relation to the case of *Sadak and others v. Turkey*.

³⁴ See the verdict № ԵԱԿԴ (EAKD) 0171/01/09 on criminal case of 21.06.2010 of Court of First Instance of Arabkir and Qanaqer-Zeytun Communities of Yerevan.

³⁵ See the decision of 17 July 2001 of the European Court in relation to the case of *Sadak and others v. Turkey*.

IV. Conclusion

In conclusion, it should be mentioned that the regulations prescribed by the Code are not sufficient for ensuring the right to defense of the accused in case of the change of the accusation by the court. At the same time, the regulations prescribed by the Draft compared with the regulations prescribed by the Code, though being a step ahead, do not yet guarantee adequately the complete exercise of the right to defense of the accused. Thus, when changing the accusation by the first instance court ensuring the right to defense of the accused requires that:

1. no factual circumstances may be added in the basis of the accusation, which were not included in the basis of the presented accusation;
2. the accused must be able to predict the possibility of such a change of the legal assessment of the accusation when changing the legal aspect of the accusation; and
3. the accused must be able to react in time and efficiently to that change of the accusation.

Evaluation of Witnesses during Court Proceedings in Criminal Matters: Trustworthiness of the Person and Credibility of Witness Testimony

I. Introduction

As the use of compulsory psychological/psychiatric methods is not typical within the sphere of witness testimonies and their functions in criminal procedure, there is certain skepticism about the results of these methods, because not every single human testimony implies unambiguous findings. Here, it is very difficult to choose an appropriate method. In case, when the subject of the study is the motive of the position, from which the testimonies derive, it is impossible also for the experts to access the inner freedom of the witness to give a truthful or false testimony. In a given marginal sphere, which is at the same time a sphere of inviolable human dignity, the judge and prosecutor, as well as the expert, look at other persons as human beings, because of which they can only believe or have doubts, whether the witness is trustworthy and his/her testimonies are credible.

However, the legal system, in which the determination of the truth is the highest and absolute goal of the criminal procedure, and which does not foresee any individual interest, may consider it permissible to generally intervene in the protected personal sphere of those people who are obliged to give witness testimony in the framework of their civil duties. General exposing of witnesses to psychological/psychiatric examination of trustworthiness may be justified by the administration of fair and truthful justice as a sacrifice to services. This contradiction will be the subject of analysis in this article.

II. Functions and Objectives of Witnesses in the Criminal Procedure

Any person, who is subject to court proceedings, may be questioned as a witness, which is prescribed in every criminal procedure code². As a rule, a witness must comply with three obligations: appear before a court, give testimony, and take an oath of truthfulness of testimony given by him/her.

The obligation to appear before a court may imply the most essential requirements to the witness and the obligation to give testimony and take an oath may entail some difficulties³. After explaining the witness his/her obligations to give truthful testimony, clarifying the importance of the oath and the consequences, in case of false and incomplete testimony, and in some cases pronouncing words of an oath. "I hereby swear before God, who knows everything, to tell the truth and nothing but the truth without concealing anything," by uttering these words the witness understands his/her own role in the proceedings, the high requirements of giving himself/herself fully in order to give such testimony of evidential importance, which is necessary for the judge. A judge and the decision to be taken by him/her often depend on witnesses and their will and preparedness to take part in the proceedings. That is why clarification of rights and obligations of witnesses is defined in detail and the word-for-word formula of the oath is clearly formulated. The importance of witness testimonies is shown *inter alia* in the measures of criminal sanctions; as a rule, false oath is sanctioned by deprivation of liberty. The same applies to the witnesses who give false testimony without an oath.

It is in fact very difficult to leave the role of private observer and to appear suddenly in the center of proceedings, influencing on the destiny of the defendant as an accompanying person. Most of the witnesses, including juvenile and children, have a good understanding of the importance of the given duty. Often a witness does not want to have anything to do with the case, in which he/she has to give testimony not only because it entails much time and difficulties, but also because an inner conflict in respect to giving truthful testimony may arise in him/her⁴.

III. The Right to Refuse to Give Testimony and Provide Information

Every national criminal procedure code considers a certain, clearly delimited sphere of intimacy and trust, giving the members of family and representatives of certain professions the right to refuse to give testimony.

The right of the members of family to refuse to give testimony is recognized as an unlimited right; every member of family, who refers to this circumstance, is not obliged to substantiate before the court his/her refusal to give testimony. On the contrary, the judge is even obliged to prevent any explanations from the side of witness. Even in case when a witness tells the reasons of refusing to give testimony, the judge has no right to use those words in the formulation of court decision. The danger, that a person, having the right to refuse to give testimony, will give

¹ The author is a judge at the Federal Social Court in Kassel, Germany, which is a third judicial instance for social disputes. Dr. Bernsdorff is also the Chief Editor of this journal.

² See *Von Hippel*, Criminal Procedure of Germany, p. 59 and subsequent pages; *Linklaters*, Criminal Law, p. 124.

³ See *Müller-Luckmann*, Trustworthiness, p. 10 and subsequent pages; *Heldrim*, Psychology and Technique of Questioning, p. 205 and subsequent pages.

⁴ See *Heldrim*, Psychology and Technique of Questioning, p. 207.

testimony only in order to disperse the presumption of existence of motives or give false testimony with the aim to secure the discharge of a member of his/her family, is incomparably big, as sometimes a witness may assume that refusing to give witness testimony may be accepted and assessed as an aggravating circumstance⁵. The witness must be sure that the refusal to give witness testimony will not be assessed by a judge neither in positive nor in negative way.

IV. The Oath as a Basis for the Trustworthiness of a Witness

As a rule, a witness must take an oath in criminal proceedings, swearing "in good faith to tell the truth and nothing but the truth and not to conceal anything". In principle, a judge should believe more of the witness who gives testimony under an oath. Trustworthiness of the witness must be confirmed by an oath, which means that the witness must "prove" or show that he/she has given serious and honest testimony. Oath is the only means of verification of truthfulness of witness testimonies prescribed through procedure. In case, if a witness cannot in any way support the clarification of factual circumstances, the judge should not let a purposeless and meaningless oath to be taken, which seems to be just a formality⁶. Such a procedure may only inflict harm to the reputation of oath.

The significance of the oath implies, that a witness, who is trustworthy and understands the importance of the oath and his/her actions, tries "to prove" that he/she has a serious attitude towards the case. If, as in many cases prescribed or defined by law, there are certain doubts about the trustworthiness, there is no need for an oath.

V. The Limits of Perception when Giving Witness Testimonies

In legal literature⁷, a witness is accurately called "extended eyes" of a judge, as the witness has a task to report in the main court proceedings what and how he/she has comprehended and perceived. The factual observations of the witness must be provided to the court clearly and accurately, so that the court will be able to substantiate the determination of factual circumstances of the case. However, it is a generally well-known fact that often human brain is subject to deception because different people have different ways of perception and it is very difficult to express in accurate words even the sharpest and the most realized observations. The skeptical attitude towards witness testimonies has acquired more significance with the

development of natural experiment oriented psychology of witness testimony⁸ (8).

It is a quite questionable circumstance that human perception and testimonies are always conditioned by the understanding of the meaning, which may differentiate important things from minor things. In general, a witness is able to accurately perceive and communicate the meaning of an action or an event. The preconditions for understanding the meaning are the simple conclusions based on experience and habits. It is incorrect to expect from a witness an accurate communication of only specific phases of interconnected movements and actions. Instead of that, those movements and actions should be handled as a single whole in a way to be an understandable opinion. Much more witness testimonies are distorted by lies than through weakness or mistakes in perception, memory or expression. The increase and volume of the criminality because of false oaths or false testimonies given without oath may provide us with a certain understanding of the danger⁹.

VI. Means of Questioning Witnesses

In case if a judge wants to substantiate the determination of factual circumstances through witness testimonies, he/she must question the witness during the criminal proceedings. The presence of the witness must create an immediate impression about the personality of the witness to be questioned for the participants of the proceedings, in particular for the court. Questioning is performed directly by the judge, who has the right to lead that process in the framework of criminal procedure code. The art of judicial questioning sometimes predetermines the outcome of the process, quality and usefulness of witness testimonies. The technique of questioning and ability to handle the "system of questioning" may be very useful and help, in particular, during the questioning of witnesses who lie. However, knowledge of a person, his/her life experience and preparedness to communicate with every witness are also necessary in order to speak to the witness in such a way that the latter may in an appropriate way report to the court about what he/she knows, has heard or seen. The judge must make efforts to direct the witness on the right path, e.g., do more than the proceedings. Because, as a rule the atmosphere of oral court proceedings has such influence, which may sometimes frighten the witness, make him/her lose control and provoke him/her.

Questioning on the merits of the case is the core of the process of evidence collection in the light of witness testimonies. The interconnected description, which must be given by the witness in respect to evidence, must be maximally probable and consistent in order to be trustworthy. Unusual interconnection between factual circumstances

⁵ See *Schwarz*, Activities of Experts, p. 75; *Stern*, Psychology of Testimony, p. 16

⁶ See *Forster*, Criminal Law, p. 305.

⁷ See *Stern*, Psychology of Testimony, p. 18; *Von Hippel*, Criminal Procedure of Germany, p. 62; *Heldrim*, Psychology and Technique of Questioning, p. 209.

⁸ See *Wellek*, Psychology p. 34; *Linklaters*, Criminal Law, p. 126.

⁹ See *Statistics by Forser*, Criminal Law, p. 307.

of the case may appear in accordance with historical reality, and certain apparent inconsistency in the testimony may be unwanted for the adequacy of a proper reproduction¹⁰. The right to pose questions in accordance with the judicial duty of clarification of testimonies helps sometimes to fill in the gaps of witness testimonies or to determine their problems.

During questioning and collecting evidence, the judge must in general collect many strong points in favor or against the trustworthiness of the witness. The judge may use also confrontation with other witnesses or read the earlier testimonies taken in protocol, in order to clarify the inconsistencies and misunderstandings, as "wide" and detailed collection of evidence generally provides good guarantees for the appropriate result. When questioning, e.g., during posing direct questions and using different methods of questioning, the judge must respect the freedom of witnesses, so that he/she will not infringe upon the witness' expression of will and direct performance of will or ability of remembering or caution.

VII. Trustworthiness of the Witness and the Credibility of Testimonies

Assessment of the credibility of testimonies derives from the trustworthiness of the witness in a case¹¹. Witness testimonies that are not confirmed by any other material substance may be used in determining the factual circumstances of the case only, if the judge is sure about the appropriateness and trustworthiness of the witness. Only by being convincing about the credibility of the testimony, the witness testimonies that are not confirmed by other evidence become credible.

The credibility of what the witness has apparently heard or seen is supported by the factor of the trustworthiness of his/her personality. The more credible are the testimonies, the more trustworthy is the witness. However, one should take into consideration also the opposite connection: if a witness is assessed to be highly trustworthy on the basis of his/her personality, the more credible his/her testimonies will appear. When giving testimony, the content of the testimony acquires more importance only due to the personality of the witness. Nevertheless, the judge may have certain doubts even about the most trustworthy person, who reports on facts that do not correspond to the life experience or are in general impossible. In some cases, it is not clear from the testimony from where the witness has taken the information in a particular case, e.g., is he/she an immediate witness or spectator or is he/she a witness who gives so-called indirect testimony. In both cases, the witness reports before the court about his/her perception;

however, the relation may get closer or looser, acquiring more or less importance for the credibility of the testimony.

VIII. Support of Psychological and Psychiatric Forensic Experts

The question, whether when can a judge get a certain impression about the trustworthiness of the witness without the help of an expert is still a subject of comprehensive examination¹².

In case, if any physical or mental deficiencies of the witness appear during oral proceedings, the judge must, as a rule, involve a doctor or a psychiatrist with the aim to prove whether the sickness could have influenced his/her testimonies, and, if yes, in which way it could have impact. More complicated are the judicial decisions when the thoroughness of the testimony does not have such a great importance as the credibility and honesty of the given testimonies. The verification of the honesty of the given testimonies refers to intentional and wanted distortions by the witness. The question of credibility includes those deviations from the truth, which are not realized, intended, wanted or planned by the witness.

As a rule, the knowledge of a judge will qualify for the assessment of the credibility of witness testimonies of children or juveniles, with the exception of cases when there is a need to involve psychological or psychiatric experts. The age, term or a doubt about any influence on witnesses by third persons may not serve as a general reason for the involvement of experts. Herewith, it is spoken about a systematic difficulty, which is to be decided by a judge taking into account his/her professional duties. Only unusual characteristics that are typical for a certain witness may go beyond the assessment abilities of a judge. Individual deflections, including obvious signs of mental illness up to serious multilevel psychiatric deflections and strong expressions of neurotic disturbances, give to a judge or a prosecutor an opportunity to create certain protection against influence on witness testimonies through the assessment of an expert psychiatrist or a psychologist¹³.

The court must solve systematically the assessment difficulties of several inconsistent testimonies of many witnesses that appear to be trustworthy. In particular, here it refers to particularly complicated evidential situations, which may be called typical cases of judicial assessment of evidence, which must not be subject of assessment of non-forensic experts. As a rule, the judge or prosecutor that finds it necessary to involve experts during the preliminary investigation are free in the choice of professions of the experts to be involved in the proceedings¹⁴. They will

¹⁰ See Reflections of *Heldrim*, Psychology and Technique of Questioning, p. 210.

¹¹ For distinguishing between trustworthiness and credibility see *Heldrim*, Psychology and Technique of Questioning, p. 110.

¹² See *Stern*, Psychology of Testimony, p. 21; *Göppinger*, Psychopathological and deep psychological studies, p. 10.

¹³ See *Schwarz*, Activities of Experts, p. 80.

¹⁴ For this right of choice see *Schwarz*, Activities of Experts, p. 82; *Von Hippel*, Criminal Procedure of Germany, p. 64 and subsequent pages.

pay less attention to discipline and more attention to how a more relevant person may guarantee the positive outcome. Besides this point of view, which is more personally determined, during making the choice of professionals, one should take into consideration also the method, which differs with respect to the subject. In case, if it is revealed that the witness has some physical disabilities, the medical physical comments of the psychiatrist seem to be more reasonable, than the method of psychology, which is directed at mental spiritual expressions of a human being.

If a judge or a prosecutor has decided which famous or prominent expert they want to involve, they will ask the expert to "write a conclusion on the trustworthiness of the witness". During the preliminary investigation or inquest, a written conclusion is expected, but at main court proceedings, the expert must orally present his/her conclusion.

Questioning about the case is an exclusive judicial competence, and the expert must only examine the personality of the witness¹⁵. The judge wants to directly find out and reveal the truth in the case of criminal charges. Meanwhile, the expert is interested in general trustworthiness of the witness and his/her trustworthiness in the context of the committed act. The expert examines the witness with respect to the act committed by him/her revealing the essence of the case. Herewith, there is a danger that the expert will soon intervene in the sphere of judicial questioning. In certain cases, the judge or prosecutor, trying to prevent the danger and, just to have "questioning with respect to the case" from the side of expert, limits the assignment of the questioned expert to the assessment of the general trustworthiness of the witness. It is recommended also because the professional knowledge of a psychologist or psychiatrist involves general knowledge about both healthy, neurotic and pathological people. The expert may always make general assessment of whether the witness is prone to tell the truth or lie. However, he/she cannot determine how trustworthy the witness is in a specific case. This decision is in any case the prerogative of the court, which must evaluate the witness testimonies by means of free confidence that derives from the essence of the court proceedings.

IX. The Circumstances of Expert Conclusion

Being acquainted with the case is not enough for making a reliable assessment about trustworthiness¹⁶. Despite taking into consideration the knowledge of the materials of the case and the individual questioning of the witness, if the judge does not feel confident about having enough knowledge, the written conclusions of the expert that have been submitted to the court are also not enough even if the expert has studied the case from psychological point of view.

The judge or prosecutor are free to involve an individual questioning by a psychology expert during the preliminary investigation or in written form during the criminal court proceedings, by requesting the expert to observe the witness during questioning. The behavior of the witness during the questioning, his/her confidence or lack of confidence during certain points that refer to the act or the criminal, his/her reddening, paleness, trembling, expression of the face and gestures may give certain hints to the experienced psychologist or psychiatrist.

As a rule, by law there is no duty of the witness to bear the examination of trustworthiness¹⁷. When performing a psychiatric/psychological examination, the expert depends on the voluntary cooperation of the witness. As it goes beyond the witness duties, the given observation and assessment may be performed only with the consent of the relevant witness. The statement of the witness on voluntary examination is a justification for the activities of an expert. Without this consent, no observations are allowed and the results of an already performed examination may not be used in the judicial decision. However, at the same time there is no duty of clarification by the judge or prosecutor. The lack of consent is not just a formal mistake, which does not have any influence on evidential consequences. Depending on the decision of the witness, the assessment of evidence may be extended to the results of the examination: the procedure of the collection of evidence and decision-making are referred to in material and not in formal sense. For the examination, there are certain sample procedures such as diagnosis of expression in relation to the essence of the personality and factual circumstances. These can be from complex psychiatric/psychological examinations to stationary clinical observations.

The right to pose questions is limited for the experts. Hence, as to the expert, the judge has the right to remove the irrelevant questions or questions that are not related to the case. However, the expert may find a question relevant and important for the determination of trustworthiness. Meanwhile, the witness may get into quite an inconvenient situation, which leads to a judge or prosecutor deciding whether that question is relevant. In case if the expert is interested to know what pathological and neurotic illnesses the witness has, the latter will not be prone to open his/her private life before the society, in particular, if his/her honor and reputation are in danger. The scope of the revelation of the facts on the case by the witness may not be considered as a mere question of behavior and it does not matter whether the question comes from the expert or the judge. There are different opinions about appropriate behavior, which cannot be basis for the limitation of the personal freedom of the witness¹⁸. Witness

¹⁵ On separation of these competences see *Müller-Luckmann*, Trustworthiness, p. 12; *Forster*, Criminal Law, p. 310.

¹⁶ See *Schwarz*, Activities of Experts, p. 91.

¹⁷ See *Müller-Luckmann*, Trustworthiness, p. 14: unconditioned voluntariness.

¹⁸ It is referred to by *Heldrim*, Psychology and Technique of Questioning, p. 215.

testimonies must not be presented to the society in a detached and self-contained way.

X. Conclusions

Witness, as a responsible member of a legal society, must support the revelation of truth. The accused (later-defendant) is subject to the criminal power of the state, when and if he/she is liable for his/her actions or inaction. Determination of clarity about the mental state by means of observation in case of necessity is in the field of interest of the accused and the court. Compulsory examination (and inspection) of a witness may only unilaterally facilitate the investigation for the court or prosecutor, but it is sometimes considered to be intervention in the private sphere of the witness, against which the witness does not receive anything of equal value in return. On the contrary, it has negative implications for the witness. Hence, one should handle the verification and examination of the psychological/psychiatric state of a witness very carefully and in a thorough manner in relation to his/her credibility in the practice of forensic expertise.

Presumption of Innocence and Burden of Proof in Democratic Legislation

Democracy is a form of government in which the basic human rights and freedoms are enshrined in the constitution. Democratic legislation should exclude arbitrary interference with human rights and freedoms. For this, it is necessary to correctly distribute the burden of proof for punishing an offender in the process of exercising the state authority, and wield the leverages restricting the arbitrariness of the state.

The present article deals with the problematic gaps arisen from the conflict between the presumption of innocence as a basic right and the principle of adversarial proceedings recently introduced in the legislation of Georgia. The ways for filling these gaps have already been found by the European Court of Human Rights and the Supreme Court of the United States as well as the courts of England, which need to be reflected in the legislation of Georgia.

I. Introduction

“The existence of the right is a battle, a battle of nations, of the fairness, of classes, of individuals. All the rights in the world have been obtained through the struggle. Every important aspect of the right had first to be wrung by force from those who denied it.”² Pursuant to the theory of adversarial proceedings, “the best way to reach the truth is the powerful statements made by the two parties with regard to an issue, which shall be assessed by a passive and independent judge.”³ A defendant is compelled by the instinct for survival, permanent aspiration for freedom to struggle for the right. “The battle for the right” against much better equipped prosecution develops into the ground for establishing substantive truth. The truth is established by an independent court (“The truth lies somewhere in the middle”⁴). Selecting the principle of adversarial proceedings as the means for establishing the truth shall lose its sense if the rights and obligations between the parties are incorrectly distributed; in the process of adversarial proceedings, it is problematic to regulate the burden of proof in such a manner that the balance of forces is not disrupted.

For the reason that the course of the process depends on the initiative and proactiveness of the parties thereto, bad-faith struggle for the right may impede the establishment of the objective truth. In order to prevent the aforementioned, it is necessary to correctly distribute the burden of proof, and to have the guarantees established in the legislation.

In criminal procedure, the presumption of innocence implies that the burden of proof is imposed on the body exercising criminal prosecution.⁵ The defendant is not obliged to prove his/her innocence⁶. On the other hand, the presumptions existing in substantive criminal law create the possibility to shift the burden of proof⁷ and turn the defense into the bearer of the burden of proof. The present article will discuss the cases of transfer of the burden of proof to the defendant.

The standard of proof as determined by the legislation places the heavier burden of proof on the prosecution, which is the guarantee of safety for the defendant, and a major leverage for preventing the arbitrariness on the part of the state. The standards of proof are defined both by Criminal Procedure Code and by the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms⁸.

The Criminal Procedure Code of Georgia provides for three basic standards of proof⁹, on the grounds of which human rights may be limited at the respective statutory stage of criminal proceedings. Because of the close relation with constitutional rights, the Criminal Procedure Code is also referred to as applied constitutional law.¹⁰ Due to the sensitive close link with basic human rights, the Criminal Procedure Code should constrain the prosecution in order to not make an individual into “the stripped object”¹¹ for the activities of the state.

The Defendant is granted “the status of a subject of criminal proceedings, which, first of all, implies having the legal possibility to actively influence upon the course of the proceedings and its outcomes.”¹² The violation of procedural rights in criminal proceedings amounts to infringement of the basic right to human dignity¹³. In order to prevent this violation, it is necessary to adequately constrain the prosecution with the standards of proof.

¹ Criminal Lawyer; Master's degree student of the University of Georgia.

² Jhering, Rv. (1908) *The Battle for the Right*, translated from German by Iason Bakradze, Kutaisi.

³ http://fds.oup.com/www.oup.com/pdf/13/9780199541317_chapter1.pdf.

⁴ http://politics.ryanrenn.com/truth_in_middle.htm.

⁵ Trechsel, S. (2009) *Human Rights in Criminal Proceedings*, Tbilisi.

⁶ Paragraph 2 of Article 40 of the Constitution of Georgia.

⁷ Trechsel, S. (2009) *Human Rights in Criminal Proceedings*, Tbilisi.

⁸ Subparagraph C of the first paragraph of Article 5.

⁹ Article 3 (11,12,13) of the Criminal Procedure Code of Georgia as of 18 January 2013.

¹⁰ BVerfGE 32, 373 (383) = NJW1972, 1123, 1125.

¹¹ See Kublashvili, K. (2008) *Basic Rights, Law Textbook*, Tbilisi.

¹² Tumanishvili, G. (2009) ‘The Aggrieved in Modern Criminal Procedure Law’ *Legal Journal*, N2.

¹³ See Kublashvili, K. (2008) *Basic Rights, Law Textbook*, Tbilisi.

II. The Burden of Proof

1. General Overview

There is no express statutory definition of burden of proof in Georgia. The legislation only deals with the bearer of the burden and the obligation to prove imposed upon him/her. California Evidence Code establishes the general notion of the burden of proof. "Burden of proof" means the obligation of a party to establish by evidence a requisite degree of belief concerning a fact in the mind of the court."¹⁴

In England, the law distinguishes between two types of burden of proof, viz., evidential burden and legal burden. The former obligates a party to present adequate evidence that will be sufficient for the consideration of the case by the court; the latter demands from the prosecution to establish the guilt of the accused beyond reasonable doubt. The problematic gap emerges the moment when these two types of burden are split. Such a deadlock arises when the prosecution cannot be expected to challenge the defense¹⁵, and the evidential burden is passed onto the accused, although the statutory burden still rests with the prosecutor.

In criminal cases, the basic principle is that the burden of proof of *actus reus* and *mens rea* rests with the prosecution.¹⁶ However, the legislation may offer exceptions. The assumption that the shift of the burden of proof onto the accused infringes the presumption of innocence as guaranteed by Article 6(2) of the European Convention on Human Rights is controversial (see below *Salabiaku v. France*).

The difference is to be made between positive and negative understandings of proof. In the case of the former, everything that has not been proven is denied. In the case of the latter, everything that has not been denied is proven.¹⁷ Naturally, from the legal point of view the positive understanding of proof is interesting, where any factual circumstance must be proved.¹⁸ The Constitution of Georgia and criminal procedural legislation establish the subject (the prosecution) which bears the burden of proof (positive understanding); however, there are statutory presumptions which consider the proof in its negative understanding as sufficient, and, in such cases, the burden of proof shifts to the defense.

2. Shift of the Burden of Proof, Statutory Presumptions

Presumptions are presumed conclusions that ascertain the genuineness of facts and occurrences without the full corroboration of their presence¹⁹. For example, "an individual shall be presumed innocent until the commission of an offence by him/her is proved." Such definition of the presumption of innocence is provided in the constitutions of all the developed countries (regardless of their legal systems). The presumption of innocence is also recognized by Article 6(2) of the European Convention on Human Rights, but the laws of several countries foresee the presumptions that establish "presumed conclusions" on the culpability of an individual and the burden to prove the contrary is shifted to the accused.

The (rather ambiguous) answer to the question of whether or not statutory presumptions contradict the presumption of innocence is offered by the Strasbourg case law.

The problem of statutory reverse of the burden of proof has repeatedly been the subject of deliberations at the European Court.

A clear example of the shift of the burden of proof is *Pham Hoang v. France*, where the applicant was arrested as two other people carrying heroin were about to get into his vehicle. The charge was based on Article 373 of the Customs Code of France, under which in any proceedings concerning seizure of goods, the burden of proving that no offence has been committed was on the person whose goods had been seized²⁰. The applicant was found guilty by the national court; however, the Strasbourg Court did not find the breach of presumption of innocence (Article 6.2 of the ECHR). The domestic court carefully assessed the case file and refrained from any automatic reliance on the presumptions created in the relevant provisions of the Customs Code.²¹

The Strasbourg Court, of course, would have found the breach, if the conviction was made only at the expense of imposing the burden of proof only upon the accused and not on the ground of specific evidence. However, it is clear that the existence of presumption is not criticized by the Court.

Another landmark decision was made in the *Salabiaku v. France* case. In this case, the applicant, a Zairean national, went to the airport to collect a parcel. Despite the warning of the official of Zaire Airlines, he took possession of the padlocked trunk, which did not bear either a name or an address and went through the "green channel" for passengers having nothing to declare. After the customs officials had stopped him and had searched the trunk, 10 kg of herbal and seed cannabis was found concealed un-

¹⁴ California Evidence Code SECTION 100-260, 115.

¹⁵ Burden and Standard of proof; presumptions page 1. <<<http://fds.oup.com/www.oup.com/pdf/13/9780199599912.pdf>>>

¹⁶ *Ibid.* page 2.

¹⁷ http://rationalwiki.org/wiki/Negative_proof.
http://en.wikipedia.org/wiki/Proof_positive.

¹⁸ Tabatadze, D., *Burden of Proof and Standards in Civil Proceedings* <http://library.court.ge/login.php?geo&authorisation>.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Case of Pham Honag v. France*, Para. 22.

²¹ *Ibid* Para. 36.

derneath victuals. Two days later, the parcel bearing the applicant's name and address had arrived in Brussels; as it turned out, the second parcel was sent by mistake to Brussels instead of Paris²².

Because of the principle to settle the doubt in favor of the accused, the applicant was acquitted from the charges of importing narcotics. However, he was found guilty of smuggling. The law provided for the presumption, under which, if a person was found to possess undeclared goods, then he/she was presumed to be guilty of smuggling.²³ The only way the accused could exculpate himself was by establishing "a case of force majeure" resulting "from an event responsibility for which is not attributable" to him and which "it was absolutely impossible for him to avoid", such as "the absolute impossibility... of knowing the contents of [a] package".²⁴

The European Court opined: "Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law."²⁵ The Court criticized the Commission for the reason that it considered presumption as an element of the offence.

The European Court's approach to the issue is not one-dimensional. It determines the direction of the principle that "the States establish reasonable limits that shall foresee the importance of an issue and shall ensure the rights of the defense."²⁶

The presumptions are not strange to the Criminal law of Georgia either, which shifts the burden of proof and obligates the accused to prove his/her innocence. The words "obligate" seemingly sounds exaggerated, but in the event if the defendant does not start proving his/her innocence, it will lead to undesired consequences such as the limitation of the basic rights.

The clear example of the statutory presumption is given in Article 194 of the Criminal Code, viz., legalization of proceeds (money laundering), which implies "giving a legal form to illicit or/and unfounded property". The law expects an individual to prove the legality of the origin of his/her own property and in the event if the accused exercises the right granted to him/her by Article 40.2 of the Constitution of Georgia and fails to "corroborate" the legality of the origin of the property, the charge will be considered to be proved only because it was not refuted (the negative understanding of proof).

Statutory presumptions are justified in the case where they contribute to the establishment of the objective truth (the fact to be established is so specific, it cannot be proved by the prosecution). The legalization of proceeds

requires the explanation of the origin of the property, which cannot be (in all cases) considered to be the circumstance which can be proved by the accused only. Such logic undermines the presumption of innocence and prevents from full realization of the principle of adversarial proceedings in criminal proceedings. Such wording of legalization of proceeds is in contravention of both the Constitution of Georgia and the ECHR. The law, as it appears, obligates an accused to prove the fact of not having committed the legalization of proceeds. The most difficult mission for the accused is not shouldering the shifted burden of proof; he/she should also prove the legal origin of the property with the relevant documents (see the commentary to Article 194 of the Criminal Code), and not by adducing other evidence.²⁷ Therefore, on the basis of the analysis of the present wording of money laundering, we reach a ludicrous conclusion that in case of disclosure of "unaccounted property" the presumption of guilt is applied; the prosecution is not obliged to prove the illegal origin of the property and the burden of proof is imposed upon the defendant.

English law recognizes presumptions and the shift of the burden of proof, regardless of the presumption of innocence; Viscount Sankey's famous statement articulated the same in the Woolmington trial: "Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen that is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt."²⁸ The shift of the burden of proof to the accused can occur with the help of numerous statutes, which directly envisage the shift of the burden. Besides, the indicators of the shift of the burden of proof to the accused increased by means of the interpretations made by a court. A study demonstrated that more than 40% of the trials in the Crown's Courts, the accused had to prove something or refute the charges. If an individual fails to prove, the trial ends up in the detention of him/her, which certainly contradicts the presumption of innocence²⁹.

3. The Burden of Proof – the Circumstances Excluding the Responsibility

The laws of the countries that follow Anglo-American law, where the course of the trial is completely based on the principle of adversarial proceedings, the shift of the burden of proof does not occur due to the presumptions permitted by the law only. There are also problematic instances upon the presence of justifiable circumstances. In England, in the similar case, the burden of proof (evidential burden) is imposed on the defense. However, imposition of such burden is not considered to be a "burden" in its classical understanding, and the obligation to refute the

²² Trechsel, S. (2009) *Human Rights in Criminal Proceedings*, Tbilisi. *Salabiaku v. France*, Para. 28.

²⁴ *Ibid* &19.

²⁵ *Ibid* &28.

²⁶ Trechsel, S. (2009) *Human Rights in Criminal Proceedings*, Tbilisi.

²⁷ The problems of Georgian Criminal Law related to criminalization of and enforcement of law with regard to modern modalities of organized crime, Tbilisi 2012, p.768.

²⁸ *Woolmington v DPP* [1935] AC 462, 461.

²⁹ <http://webjcli.ncl.ac.uk/2003/issue3/cooper3.html>

presented evidence beyond reasonable doubt is imposed upon the prosecution (legal burden)³⁰.

In the case of *Mullaney v. Wilbur*³¹ before the US Supreme Court, the appellant was accused of murder and faced the threat of capital punishment. In case it is established that the crime was committed in the heat of passion, it is considered as manslaughter and punished with imprisonment not to exceed 20 years or by a fine. The state required the defendant to prove that the crime was committed in the heat of passion by complying with the standard of "preponderance of the evidence". However, the Supreme Court imposed upon the Prosecutor's Office the burden of proof for the absence of the circumstance mitigating the responsibility. In connection with the circumstance mitigating the responsibility, it clarified that "the prosecution must prove beyond reasonable doubt the absence of the heat of passion on sudden provocation when the issue is properly presented." That means the defense is obliged to present the issue before the court and then the burden of refutation beyond reasonable doubt is shifted to the prosecution. In the given case, if the defense fails to properly bring up the issue about the presence of the mitigating circumstance, the prosecution shall be imposed with the burden to prove a negative fact, which shall be a considerably difficult task; because if there is no fact, as a rule, there is no evidence proving its absence either.

The Georgian law does not foresee the so called evidential burden. Moreover, both the Constitution and Article 5 (2) of the Criminal Procedure Code establish: "No one is obliged to prove his/her innocence." Stemming from the specificity of the presumption of innocence as a basic right and the criminal procedure law as a public law, this sentence cannot be broadly interpreted. Therefore the law is clear when it excludes every obligation of proof.

Chapters VIII and IX of the Criminal Code of Georgia provide for the circumstances that exclude unlawfulness and culpability, the presence of which means absence of a crime (Article 7 of the Criminal Code). After opting for the Anglo-American model of criminal procedure law, by virtue of introduction of the principle of adversarial proceedings, the problem as to who should prove the existence of the circumstances excluding unlawfulness and culpability, is relevant. The procedure code cannot respond to the given question. The burden to prove the guilt rests with the prosecution, and the defense is entirely free from the obligation of proof (although it has the right to prove).

In order to make the problem clearer, let us consider the standard example of necessary rebuttal: "A with the purpose to defend herself from rape, murdered B who was relatively physically stronger than her."³² On the one hand,

we have a necessary rebuttal at hand as a human right³³ and the presumption of innocence; on the other hand, under the new Criminal Procedure Code, the burden to prove the guilt rests with the prosecution and the obligation to look for justifying evidence is imposed upon no one. In this concrete case, A murdered B and it gives rise to the contents of Article 108 of the Criminal Code. It is sufficiently simple for the prosecution to prove the guilt (the corpse is present and A is willing to admit the fact of having murdered B). But who should prove the presence of the situation for necessary defense as prescribed by Article 28 of the Criminal Code? The answer to this question is clear; the negative outcome caused by the absence of proof entirely rests with the accused and it is in his/her interests only to establish the objective truth. Otherwise, she/he risks imprisonment for a sufficiently long time.

The Roman Philosopher and orator Markus Tullius Cicero eloquently articulated the importance of the right of necessary defense: "... it is not obtained or instructed but inborn, if our lives are endangered by plots or violence or armed robber or enemies, any and every method of protecting ourselves is morally right."³⁴ The new Criminal Procedure Code, by not regulating the distribution of the burden of proof, belittles the importance of the given right and contributes to turning it into a dangerous instrument for the victim.

Non-regulation of the given issue by the Criminal Procedure Code contradicts the presumption of innocence, as if a person invokes his/her right to remain silent, no one shall prove the circumstance which excludes criminal responsibility. Since the Anglo-Saxon model of procedural law was introduced, the Code should respectively regulate the given issue. In the event of presence of the circumstance which mitigates or excludes criminal responsibility, the obligation to refer to the fact by the defense should be envisaged in the Criminal Procedure Code, and the prosecution shall be obliged to refute the fact beyond reasonable doubt. The responsibility is excluded by creating a reasonable doubt by the defense, as it occurs in the standard occasions.

III. The Standards of Proofs

1. General overview

"The first paragraph of Article 18 of the Constitution of Georgia guarantees the physical inviolability of an individual, the right of his/her liberty; it represents one of the major cornerstones of the fundamental rights and, according to the Constitution, is subject to special protection³⁵. However, the liberty of a human being is not of absolute

³⁰ <http://www.nzcriminallaw.blogspot.com/2004/10/evidential-or-legal-burdens-on-defence.html>

³¹ *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975);

³² General Part of Criminal Law, Textbook, Tbilisi, 2007, p.252.

³³ *Ibid*, p.240.

³⁴ Kherkheulidze, I., *Necessity in Georgian and Common (Anglo-Saxon) Law*.

³⁵ Decision of the Constitutional Court of Georgia N1/2/503,513 of 11 April 2013, II-1.

nature, the state has the right to interfere with the sphere protected by this basic right³⁶.

“The liberty of an individual is such an important basic right that interference with it by the authorities should be considered to be *ultima ratio*”.³⁷ For restricting such an important right, it is not only required to impose the burden of proof upon the prosecution, but also to appropriately encumber the given burden with the standards of proof. While interfering with the protected sphere, “the body of procedural norms upgraded at the constitutional level,”³⁸ which, alongside with substantive provisions, is the guarantee of the liberty of an individual.

Upon the commission of an action by an individual, which is prohibited by the criminal code, for the legality of the state’s response, it is necessary to have the body of factual circumstances and information that are proved to a certain degree. The standards of proof are envisaged by the Criminal Procedure Code of Georgia: substantiated allegation, high degree of likelihood, and beyond reasonable doubt. The more the interference with the protected sphere as defined by the Constitution of Georgia continues and intensifies, the more the strictness for assessment of the legality increases.

Pursuant to the rule provided for by the Criminal Procedure Code of Georgia, by adhering to the standards of proof, the possibility of commission of a crime by a person can be supposed; also, investigative activities are conducted, and the issue of execution of procedural enforcement and preventive measures is decided. The decision (with high degree of likelihood) about possible judgment of conviction is rendered by a judge at the pre-trial hearing, and lastly, presence of the body of agreed evidence existing beyond reasonable doubt are needed in order to find a person guilty³⁹.

The Criminal Procedure Code constrains the prosecution and the court by these standards. While, the burden of proof (does not rest with the defense, with the introduction of the principle of adversarial proceedings, it has an indirect obligation to refute the evidence submitted by the prosecution by complying with a certain standard. The negation is more difficult for the defense at the early stage of legal proceedings and then, along with raising the standard of proof, it becomes simpler. This leads to the necessity for the presence of a reasonable doubt (in the event of creation of reasonable doubt, the prosecution shall not be able to satisfy the standard and the decision shall be made in favor of the defense)⁴⁰.

Apart from the Criminal Procedure Code, as I mentioned above, reasonable suspicion, as provided for by paragraph 1(c) of Article 5 of the European Convention on Human Rights, applicable in Georgia, should be present upon the restriction of the right to liberty and security of a person. The standard of beyond reasonable doubt is also recognized by the case law of the European Court of Human Rights. The standards established by the case law of the European Convention and the European Court shall be discussed below.

2. Substantiated Supposition – Reasonable Suspicion 5.1. (c)

“As far as the supposition is concerned, it is an opinion formed beforehand with regard to something, thus, a supposition is an approximate idea assumed beforehand and not an established fact or circumstance, that is, even the truth in its simplest sense. And the word “substantiated” signifies that this supposition is not mere words, subjective, superficial and “taken from nowhere,” but rests upon the documents (the evidence) existing in the case file.”⁴¹

Substantiated supposition is explained in Part 11 of Article 3 of the Criminal Procedure Code as follows: “the body of facts or information, which would satisfy an objective person with the circumstances of a given criminal case, in order to enable him/her to conclude the possible commission of a crime by a person, the standard of proof foreseen for carrying out investigative actions and/or applying preventive measures as directly prescribed by this Code.” The definition of substantiated supposition is very general and leaves a gap for an authorized person to act at his/her discretion in a specific instance. The law does not determine any exact limits as to when the supposition shall be considered to be substantiated; is this more than 80% or 50% of the probability? According to the interpretation provided by the US Supreme Court, the substantiated supposition is incapable of quantification into percentages of any kind as it deals with probabilities and depends on the circumstances⁴².

Substantiated supposition (the probable cause), as the standard of proof, is foreseen in the 4th Amendment of the Constitution of the United States⁴³ and represents the constitutional mechanism for the protection of personal security and liberty of an individual. However, even the US courts find it difficult to determine its precise definition and, when they need its definition; they confine themselves to indirect and vague phrases⁴⁴: “This is not the standard that

³⁶ Izoria, L., Korkelia, K., Kublashvili, K. and Khubua, G. (2005) *The Commentaries of the Constitution of Georgia, Basic Human Rights and Freedoms*, Tbilisi.

³⁷ Decision of the Constitutional Court of Georgia N2/1/415, 06 April 2009, II-15.

³⁸ Ibid. II-1

³⁹ Criminal Procedure Code, Article 82 (3), as of 18 January 2013.

⁴⁰ Ibid, Article 13 (2); CASE OF CREAG v. ROMANIA, &88, 23 February 2012 “... in assessing evidence, it has adopted the standard of proof “beyond a reasonable doubt”.

⁴¹ Gabissonia, J. (2003) *Preventive Measures in Criminal Procedure*, Tbilisi.

⁴² Maryland v. Pringle (2003) 540 U.S. 366, 371.

⁴³ The Constitution of the United States, Amendment 4 – Search and Seizure. Ratified 12/15/1791.

⁴⁴ Principles of Probable Cause, point of view, spring 2008; http://le.alcoda.org/publications/point_of_view/files/PC_PRINCIPLES.pdf

may be precisely determined;⁴⁵ “it is impossible to provide precise definition;”⁴⁶ “there is no exact formula for the determination.”⁴⁷

Since doubt and supposition are subjective attitudes of a person and do not constitute a category that can be exhaustively determined by the law, whether or not it comes into existence depends on numerous objective and subjective circumstances in every particular case.⁴⁸ For instance, an experienced police officer, who has more qualification to assess and draw conclusions based on facts and circumstances than a lay person, may invoke the substantiated supposition. Therefore, what is not considered to be a substantiated supposition by a nonprofessional person can be of the same degree as truth for an experienced police officer.⁴⁹

The Criminal Procedure Code of Georgia foresees the substantiated supposition as the ground to execute an arrest (191 (1)) and a preventive measure (198 (2)). However, the given standard should be in compliance with “reasonable suspicion” as defined in paragraph 1 (c) of Article 5 of the European Convention on Human Rights, since the European Convention has the prevailing force over the Code.⁵⁰

The notion of reasonable suspicion is not provided in the European Convention, but the European Court of Human Rights repeatedly construed its meaning and the rule of application. In the case *Saghinadze v. Georgia*⁵¹, the Court indicates: “that having a “reasonable suspicion” presupposes existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned might have committed the offence. Moreover, facts which raise a suspicion need not be of the same level of certainty as those necessary to justify a conviction or even the bringing of a charge...”

The European Court’s approach in assessing the reasonableness of the suspicion is not unequivocal; in particular, “with regard to the offence of especially grave category, the European Court applies a much lower degree of reasonableness.”⁵² Stemming from the special nature of terrorism, the Court, in the case *Murray v. United Kingdom*, considered that subjective “bona fide” suspicion as a sufficient reason and based on this position deviated from the established practice, under which the special nature of

terrorism and peculiarities of the fight against it should be taken into account, however, with due regard to the provisions and goals of the Convention. The requirement of the fight against terrorism cannot justify such wide interpretation of the notion of “reasonableness” that infringes upon the guarantees as prescribed in subparagraph “c” of the first paragraph of Article 5.

Consequently, the supposition is substantiated (reasonable suspicion), “if there is an objective link between the offence and arrested person.”⁵³ Unquestionably, all actions, the grounds of which is a substantiated supposition under the Criminal Procedure Code, should depend on the objective circumstances, facts and information, which is sufficient for a reasonably prudent person to believe that an offence has been or being committed⁵⁴.

3. High Degree of Probability

High degree of probability is a higher standard as compared to substantiated supposition. When intensity and duration of restriction of the rights and freedoms guaranteed by the constitution exceed the adequacy of substantiated supposition as the mechanism that restricts arbitrariness, existence of a comparatively powerful leverage for constraining the state becomes necessary.

High degree of probability under paragraph 12 of Article 3 of the Criminal Procedure Code is defined as follows: “the body of evidence presented at the pre-trial hearing, which is satisfactory for a judge to enable him/her to deliver a judgment of conviction with a high degree of probability.” Designation of the pre-trial hearing, together with the low-costs of the process, is avoidance of an unreasoned trial for the accused. A person, against whom there is a higher probability for conviction than acquittal, shall be brought before the court.

The European Court of Human Rights upheld that a reasonable suspicion may be refuted within a short period of time from the moment of deprivation of freedom, because it can become clear that an offence has not been committed. Existence of suspicion is a very important fact, but it is not sufficient for extending the term of imprisonment after a certain period of time has passed⁵⁵. The standard to assess the evidence increases with the passing of time and if the body of facts and information is not proportionately bolstered, the existing one might not be sufficient any longer.

According to the case law, detainees have “the right to regularly review”⁵⁶ the case; the state agencies have the

⁴⁵ *Ornelas v. United States* (1996) 517 U.S. 690, 696.

⁴⁶ *Maryland v. Pringle* (2003) 540 U.S. 366, 371.

⁴⁷ *People v. Ingle* (1960) 53 Cal.2d 407, 412.

⁴⁸ Papiashvili, L. (2010) ‘Legal Grounds for Application of Arrest and Detention in Criminal Proceedings’ in the collection of articles *Constitutional and International Mechanisms for the Protection of Human Rights*, Tbilisi.

⁴⁹ Anderson, J.F., and Thompson, B. (2007) *American Criminal Procedures*, US: Carolina Academic Press; *United States v. Ortiz* (1975).

⁵⁰ The Law of Georgia on Normative Acts, Paragraph 3 of Article 7. Case of *Saghinadze and Others v. Georgia* &126; Case of *fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*, &32.

⁵¹ Papiashvili, L. (2010) ‘Legal Grounds for Application of Arrest and Detention in Criminal Proceedings’ in the collection of articles *Constitutional and International Mechanisms for the Protection of Human Rights*, Tbilisi.

⁵³ *Ibid.* p.174.

⁵⁴ *Ibid* 174; *Brinegar v. United States*, 338 US160.68 S.Ct.1302 (1949).

⁵⁵ *Conrada v. Italy*, Para. 54 “Continued detention can be justified in a given case only if there are specific indications of a genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty.”

⁵⁶ Groetsad, A. (2009) *Application of Article 5 and 6 of the European Convention on Human Rights in Criminal Cases*, Tbilisi.

obligation to ensure automatic review of the legality of imprisonment at a regular interval, without prior request from a detainee⁵⁷. Pre-trial hearing is the mechanism to examine the legality of detention and in comparison with the earlier stage of the process, application of the high standard obligates the prosecution to apply the evidence upon which the court should rest its argument in order to submit the case for the consideration of merits.

High degree of probability is an applicable standard in examining substantive legality of detention. It is applied for submission of the case for the consideration of merits. Although there is no standard of proof determined in connection with other issues that are set out in Article 219.4 of the Criminal Procedure Code. The question remains upon what degree of supposition can a judge depend when examining the admissibility of evidence at the pre-trial hearing? When applying, revising or revoking a preventive measure?

4. Beyond Reasonable Doubt

Introduction of reasonable doubt as a standard of proof, in the western legal system, originates from medieval England. Prior to 1870, according to courts' jurisprudence: "the Juryman, who finds any other person guilty, is liable to the Vengeance of God upon his Family and Trade, Soul and Body.⁵⁸ In every case of doubt, where one's salvation is in peril, one must always take the safer way.... A judge who is in doubt must refuse to judge."⁵⁹ However, understanding of the principle of "reasonable doubt" that existed in medieval England is different from the standard restricting contemporary jurors and judges. Previous case law prohibited rendering a decision based on doubt, and now conviction must be beyond reasonable doubt, and closer to truth.

There is very little that is duly perceived by an individual as an absolute truth; therefore, "the law may not demand from the State to prove the guilt of the accused beyond all reasonable doubts."⁶⁰ Reasonableness of doubt should be established in every particular case on the basis of deliberation of facts and information. The standard is considered to be met where a decision maker is convinced about the truth of a fact beyond reasonable doubt and yet is fully aware that he/she may be mistaken.⁶¹ Reasonableness of the doubt becomes problematic if it is based on an abstract supposition and is not based upon an objectively available fact or information.

The Supreme Court of the United States defined the significance of the standard beyond reasonable doubt in the case *Brinegar v. United States*: "Guilt in a criminal case must be proved beyond reasonable doubt.... These

rules are historically grounded rights of our system, developed to safeguard men from dubious and unjust convictions, with resulting forfeitures of life, liberty and property."⁶²

"Beyond reasonable doubt" creates an easy standard of proof for the defense. In case of the failure to meet this standard, the prosecution will be unable to prove the guilt. Certainly the defense is not obliged to meet the standard of reasonable doubt, and it should not be understood as burden of proof in its classical meaning; this would have violated the presumption of innocence; but because of the fact that negative result caused by failure to prove should be imposed on the accused, it is possible to consider that a reasonable doubt to be the standard established for the defense.

The words "shall be presumed innocent until proved guilty according to law," as foreseen in Article 6.2 of the European Convention on Human Rights, obviously imply the existence of the standard beyond reasonable doubt.⁶³

The European Court of Human Rights shares the standard beyond reasonable doubt, but provided that such proof may follow from the coexistence of sufficiently solid, clear and consistent opinions or un-rebutted presumption.⁶⁴ Neither the European Court of Human Rights requires the establishment of the material truth. However, it tries to narrow down the standard of beyond reasonable doubt and sets out its own criteria for assessing evidence.

Under Article 3.13 of the Criminal Procedure Code of Georgia, "beyond reasonable doubt" implies: "the body of evidence required for conviction by a court, which shall convince an objective individual about the guilt of a person."

However, does the entire body of evidence that exist beyond reasonable doubt, enough for conviction? Under Article 13.2 of the Criminal Procedure Code: "conviction shall be based only upon the body of mutually agreed, clear and convincing evidence, which proves the guilt of a person beyond reasonable doubt." As it appears, the law shares the approach held by the European Court with regards to the issue at stake and it narrows down the standard with the following requirements: 1. mutually agreed; 2. clear; and 3. convincing. Therefore, the evidence may prove the guilt of a person beyond reasonable doubt, but it is necessary to meet these three criteria. Besides, these criteria must exist cumulatively. If any of the criteria is absent, the standard sufficient for conviction cannot be considered to have been met.

⁵⁷ Sulaoja v. Estonia & 79.

⁵⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Reasonable_doubt

⁵⁹ Ibid. "A judge who is in doubt must refuse to judge".

⁶⁰ Victor v. Nebraska *supra*, 511 U.S. at 13 and 17-20.

⁶¹ Ibid.

⁶² *Brinegar v. United States* 338 U.S. 160, 174 (1959).

⁶³ Trechsel, S. (2009) *Human Rights in Criminal Proceedings*, Tbilisi.

⁶⁴ Ireland v. The United Kingdom & 161; Case of Virabyan v. Armenia & 150.

IV. Conclusion

In the light of the above-mentioned, by virtue of imposing the burden of proof upon the prosecution and in the form of standards of evidence, by setting up the mechanism preventing arbitrariness on the part of the state, a fair trial based on the principle of adversarial proceedings is achieved.

There are exceptions with regard to the regulation of the burden of proof, when due to the statutory presumptions the burden may shift to an accused. However, the state cannot support prosecution based only on presumptions. It is necessary to obtain all facts and information and, in this regard, if we take into account the decisions of the European Court, it is advisable that the administrative practice of the relevant agencies in Georgia is developed in this direction.

It is a fact that there are two types of burden of proof (legal burden and evidential burden) in the adversarial trial and its disregard by the Georgian law gives rise to injustice. Bearing in mind the presumption of innocence, the law does not obligate an accused, when exercising his/her right to remain silent, to prove anything. However, when the circumstances excluding his/her responsibility are present, he/she actually bears the burden, therefore, legislative regulation in this regard is necessary. Moreover, Georgia chose the trial based purely on the adversarial principle and any inquiry is excluded during the consideration of the case on merits.

As for the standards of proof, since their definition does not presently exist, they should be applied correctly in each particular case. Out of the standards of proofs applicable in Georgia, it is necessary to consider "the reasonable suspicion" established by the European Convention on Human Rights, for the given Convention enjoys prevailing force over the Code; besides, there is the case law of the European Court, which should simplify its application.

It is recommended to reflect the standards of proof in the Constitution, as the Constitution should set the scopes of limitation of the basic rights. As of today, restriction of the basic human rights of an individual is exercised by the state under the Criminal Procedure Code, which cannot be justified as stemming from its importance the standards established by the Criminal Procedure Code are given the constitutional rank. Consequently, similar to the Constitution of the United States of America, reflection of the standards of proof in the country's law should provide more guarantees for the security of an individual.

II. Statistical overview: Sentencing and Prison Population Rates

Moderate Sentencing – A Better Way to Re-socialization

I. Introduction: Missing Proportionality Limitations on Sentencing Severity

In his overview called “*Comparative Perspectives on Sentencing Policy and Research*” (2001²), Richard S. Frase poses the question “*why don’t constitutional and international norms regulate excessive prison sentences?*” Because “*...excessive punishment is just as unfair and oppressive as the imposition of liability on the innocent.*” He continues that “*severe penalties not only directly result in loss of liberty and dignity, they also indirectly undermine procedural guarantees: defendants are pressured to waive their trial and other important procedural rights, to avoid the harshest penalties...*”

This seems to be especially true for legal systems offering the opportunity of plea bargaining, because the threat of long prison sentences is in fact very intimidating. According to Frase, there is a “*human rights gap*”, meaning that “*missing proportionality limitations on sentencing severity are closely related to human rights principles*”. Many aspects of criminal law have already been covered. International human rights conventions now grant substantial procedural protections to criminal defendants. They place major limitations on corporal punishment and prison conditions. They “*forbid or discourage capital punishment*”. But they still “*fail to seriously address the problem of unnecessary or disproportionate custodial sentences.*” As a rule, lengthy custody “*... seriously damages or eliminates the defendant’s chances of ever again leading a normal and productive life*” (cited from pages 279/280). Besides, the cost of imprisonment is quite considerable.

Similarly, the Russian Minister of Justice, Alexander Konovalov, has stated in 2011 that reforming the penitentiary system of Russia would be a priority for the years to come. He stated that it would not make sense to imprison first time offenders for six, eight or even ten years. This would not only contradict the worldwide trend towards shorter prison terms and using alternatives to custody. It would also lead to the criminalization of first time offenders, as the prison would certainly not be the best school for ordinary citizens.³

However, a glance at statistical data confirms that the “*principles of proportionality and parsimony*” in sentencing have so far not led to an international consensus to further limit the use of prison sentences. In many states, the prison population exceeds by far the ratio of 150 prisoners per 100.000 inhabitants (source: *ICPS World Prison Population List*, 10th edition; *selection of countries by the author*):

	prison population total, including pre-trial detainees	date	estimated national population	prison population rate (per 100.000 of population)
Germany ⁴	64.379	31/03/13	81.96 m	79
Netherlands	13.749	30/09/12	16.79 m	82
France	62.443	1/09/13	63.94 m	98
UK Engl. & Wales	84.430	27/9/13	57.06 m	148
Armenia	4.756	1/1/13	2.98 m	164
Turkey	137.133	17/09/13	76.43 m	179
Poland	83.610	31/8/13	38.55 m	217
Georgia	10.202	30/4/13	4.50 m	225
Kazakhstan	48.684	1/1/13	16.49 m	295
Azerbaijan	37.989	1/9/11	9.19 m	413
Russian Federation	681.600	1/9/13	143.4 m	475
USA	2.239.751	31/12/11	312,72 m	716 (1980: 139)

The table shows considerable differences between the countries.⁴ The prison population rate in the United States is about eight times higher than in Germany, and three times higher than in the Republic of Georgia. Incarceration is a punishment which is often sentenced in order to underline that the state reacts against any crime in an uncompromising way. It is not the cheapest option, and its widespread use may be influenced by various factors, the most important perhaps being the public opinion and the overall policy of politicians and law-makers.⁵ The following diagram⁶ illustrates the relation to other sanctions in some selected countries:

¹ Teamleader, GIZ Program «Legal Approximation towards European Standards in the South Caucasus»

² Sentencing and Sanctions in Western Countries, Michael Tonry, Richard S. Frase (editors), Oxford University Press 2001, pages 259 – 286.

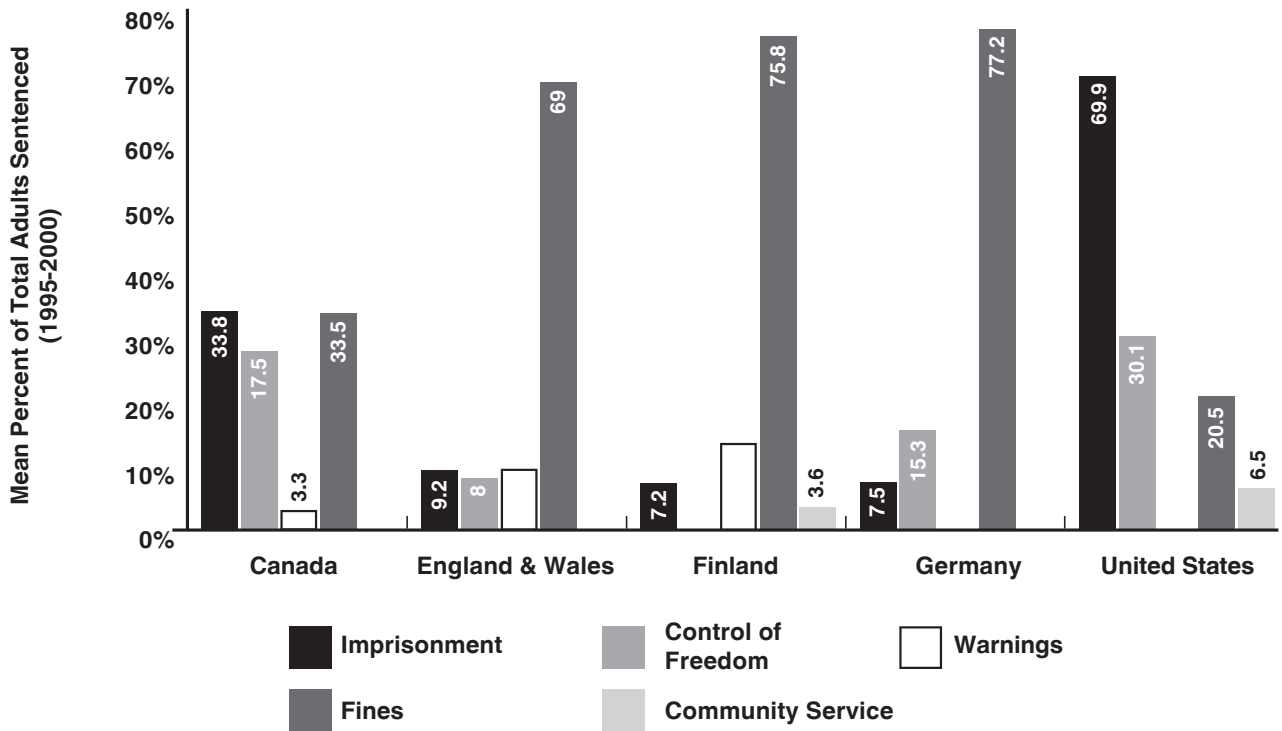
³ Александр Коновалов „Нас зря обвиняют в излишнем либерализме“, интервью РР (Русский Репортёр), 19 апреля 2011, №15 (193).

⁴ In the federal countries of Germany, the rates ranged in 2009 between 51 (Schleswig Holstein), 98 (Bavaria, North-Rhine-Westphalia) up to 105 (Hamburg) and 143 (Berlin). The average was 88 in 2009.

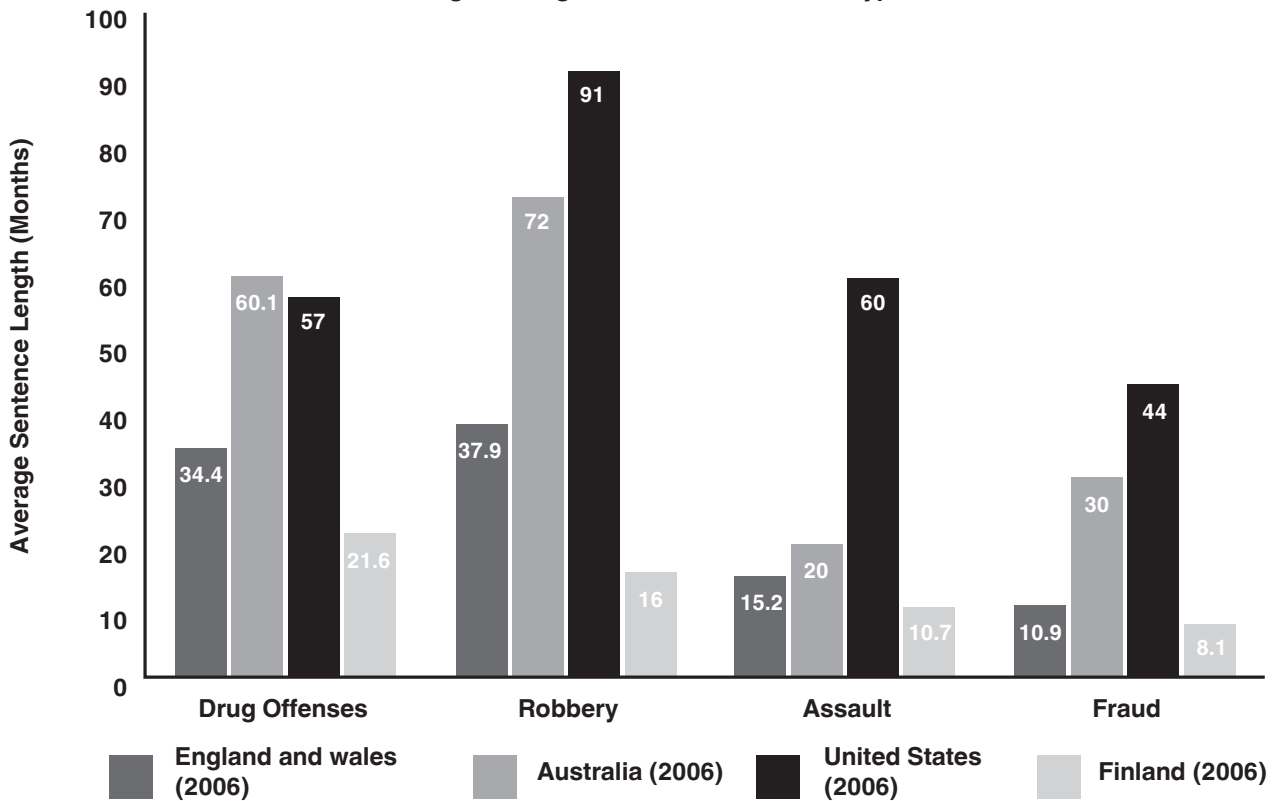
⁵ See, for example, the case study of New Zealand, at: Comparing International Criminal Justice Systems, (MoJ UK), Briefing of the House of Commons Justice Committee, February 2012, page 28. Examining the situation in the United States, the „*The NCSC Sentencing Attitudes Survey*“ of 2006 sees a consensus to be “*more flexible in dealing with offenders deemed less threatening to society (esp. non-violent crime) or when rehabilitation might be better achieved through means other than incarceration*” (page 2).

⁶ Justice Policy Institute: Finding Direction: Expanding Criminal Justice Options by Considering Policies of Other Nations (Fact sheet 2011). Similar data: Comparing International Criminal Justice Systems, page 22.

Despite similar crime rates, the U.S. relies most heavily on incarceration as a sentencing option.



The U.S. gives longer sentences for similar types of offences.



The three examples from Europe are characteristic. In many European countries, fines replace custody, sometimes at a large scale. In Germany, approximately four out of five convicts pay a fine. In addition to this, more than 90

% of prison sentences are suspended and most of them are not enforced, unless the convict violates the rules of probation. Similarly, the penal systems of the UK and Finland rely more on fines than imprisonment. Thus it seems

that the prison population rate is not amenable to the law of physics, and it is not necessarily the result of higher crime rates.⁷ The decision to put criminals behind bars appears to be deeply influenced by the cultural background of a country, by its legal traditions, the public opinion and last, but not least, by its prison capacities and commercial interests of private companies offering incarceration as a service. The following diagram (from the same source) gives evidence that the prison population rate depends not only on the choice of sanctions. It is also based on the criminal law and the practice of sentencing:

In three out of the four listed crimes, the sentencing in the United States appears to be most rigorous. It is also worth mentioning that the list of offenses which usually are not sanctioned, such as misdemeanors and minor crimes,⁸ is growing worldwide, and is subject to ongoing reform discussion. Theft is often not punished with imprisonment, unless there are aggravating circumstances or the offender committed this crime more than once (see also appendix for legal sanctions in the Republic of Georgia and Germany).

III. The German Practice: Imprisonment as *Ultima Ratio*

In many European countries, it is a declared policy that imprisonment serves as the last resort (*ultima ratio*). Prison sentences are often quite short, in comparison to the United States. For example, in Germany, the relation of short imprisonment (up to 2 years) to long imprisonment is constantly 2:1.⁹ Most prison sentences last for less than a year: one third of the convicts are sentenced to short imprisonment of less than 6 months. 40 % are sentenced to imprisonment between 6 and 12 months. 16 % are sentenced to imprisonment between 1 and 2 years. 7 % of prison sentences last for more than two years, and 1.4 % of sentences for more than five years. 0.1 % of prison sentences concern life imprisonment. The following diagram of 2006¹⁰ indicates the average length of imprisonment

and the relation of suspended and unsuspended prison sentences in Germany. The data reveal that even for sentences of 1-2 years, the proportion of the suspended to the executed prison sentences is above two-thirds:

As already stated, the average length of prison sentences in Germany is relatively low, however there seems to be an overall tendency in Europe to shorter sentences, or at least some restraint with regard to long-term imprisonment. On the other hand, the data collected in the United States indicates a reverse trend, namely an increase of long term imprisonment. According to the Justice Policy Institute (April 2011), the average length of custodial sentences in the United States has been 63 months, as compared to 36 months in Australia, 13 months in the UK, 10 months in Finland, between 6 and 12 months in Germany, and 4 months in Canada.¹¹

IV. Criticism and Doubts: International Comparison of Sentencing

Yet, there is much criticism, also inside the United States,¹² and doubts are raised about the suitability of imprisonment and its consequences with regard to crime rates and recidivism. Will the offender more likely not re-offend if he or she has been in prison? Is imprisonment necessary to deter criminals from committing further crimes? Can this assumption be true for all categories of crimes and offenders? Experience suggests that an overall punitive approach may not be justified: "*Sentencing policies in Europe as a whole are considerably less punitive than in the USA... and yet crime is falling just as steeply in Europe as it is in the USA. No relationship between the severity of sentencing of countries and trends in national levels of crime is therefore in evidence.*"¹³ This finding is confirmed by a recent UK report, which speaks of the "*lack of evidence for a clear relationship between the use of prison and changes in crime levels*".¹⁴

Also an US-American report (by VERA Institute of Justice) argues strongly against the punitive approach: "*Unfortunately, mass incarceration and increased investment in corrections have not brought better safety returns. Research indicates that the prison build-up over the last three decades is responsible for only about 20 percent of the reduction in crime experienced since the early 1990s, and will have only marginal impact on crime going forward.*"

⁷ Compare Rob Allen, *Reducing the use of imprisonment – what can we learn from Europe?* (2012): "While comparisons between developments in different countries must be made with a great deal of care, experience in a number of European countries shows that a steadily increasing prison population is not an inevitable feature of life in the early part of the 21st Century. Statistics show that in the Netherlands and Germany as crime has fallen, so too has the prison population. In England and Wales by contrast, as crime has fallen, the prison population has continued to rise."

⁸ Subramanian/Shames "Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States" (2013), page 6: "In Germany, crimes are divided into two categories, *Vergehen*, which are minor crimes, and *Verbrechen*, which are more serious crimes punishable by a minimum term of one year. While the former is sometimes translated in the U.S. to mean a "misdemeanor," this is not accurate because it includes many crimes of moderate-to-high severity that would be considered felonies in the U.S. (such as burglary, forgery, extortion, aggravated assault, and many drug crimes)."

⁹ Statistisches Bundesamt, *Justiz auf einen Blick* (BMJ 2011, data of 2009), page 32.

¹⁰ Jörg-Martin Jehle, *Criminal Justice in Germany* (English), Facts and Figures, 5. ed. 2009, page 32.

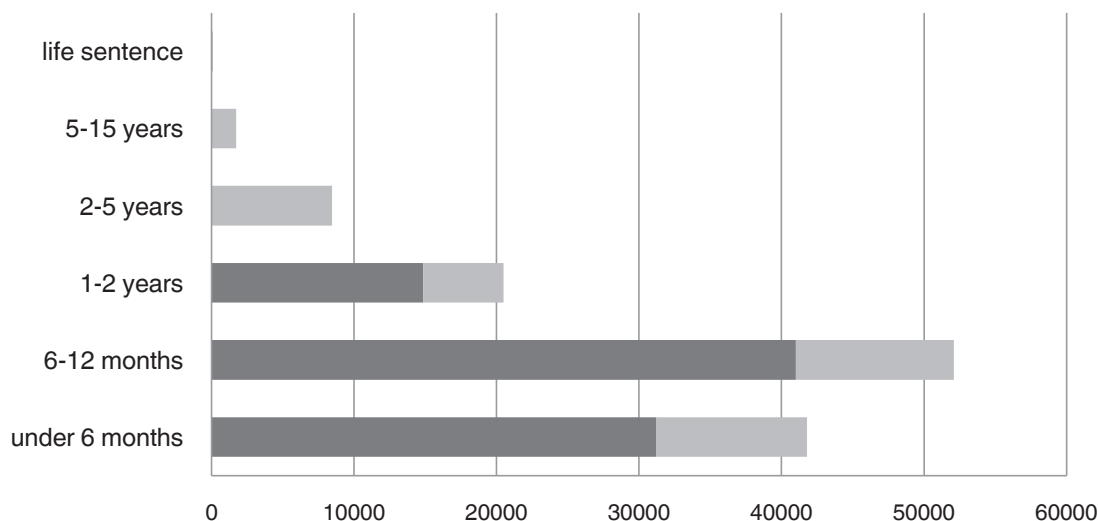
¹¹ Justice Policy Institute: *Finding Direction: Expanding Criminal Justice Options by Considering Policies of Other Nations* (Fact sheet sentencing, April 2011), page 4.

¹² Richard S. Frase, *Sentencing in Germany and in the US: Comparing Äpfel with Apples*, page 52. See also the report by Ram Subramanian, Alison Shames: "Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States", October 2013. Introduction.

¹³ Van D'k, Jan J.M., Robert Manchin, John van Kesteren, Sami Nevala and Gergely Hideg (2007) *The Burden of Crime in the EU*, Research Report; EU ICS (2005), page 23.

¹⁴ *Comparing International Criminal Justice Systems* (2012), page 6 and 26.

**Length of prison sentences in Germany
(adults, 2006)**



	under 6 months	6 - 12 months	1 - 2 years	2 - 5 years	5 - 15 years	life sentence
■ suspended	31222	41003	14841			
■ not suspended	10574	11097	5657	8460	1715	94

In addition, prisoner recidivism rates—a key indicator of a corrections system’s performance—have remained too high, stubbornly hovering around 40 percent over the last 20 years.¹⁵

As Fraser has noted, cross-jurisdictional sentencing comparisons are problematic, as they are not based on identical methods of data collection,¹⁶ and because they do not tell the whole story. For example, it offers a limited insight into the justice system to take the total population of each jurisdiction as the base of comparison (e.g. the prison population rate). There may be great differences in the frequency or seriousness of crime. In addition, the practices differ from one another, and there is a lack of comparable, offense-specific sentencing data. Fraser explains: “If one country has much higher rates of police or prosecutorial dismissal, diversion, or charge reduction for a particular offense such as rape or burglary, then convicted and sentenced rape or burglary cases in that country are likely to be more serious, and the average sentence will be more severe for that reason alone.”¹⁷

Therefore statistical comparisons will have to be improved and interviews with judges and attorneys will have to be added in order “to compare apples with apples”. Fraser suggests that “accurate and comparable crime data can show that it is the extremely punitive jurisdictions that are out of line, wasting scarce public resources” (page 285). There shall be “more information: about the costs of proposed severity increases; their limited probable crime-control utility, and the availability of less costly alternatives” (page 277).

V. Zero Tolerance Policy of Georgia (2005-2012)

Obviously, international comparison of sentencing is on the rise, as can be seen by the number of publications available on the internet. However, it is not the aim of this article to summarize international comparisons or to draw conclusions from them. The intention is rather to give the example of one country, in this case Germany, in order to show a number of possible entry points for a further reduction of the prison population. Firstly, this entails a short elaboration of other punishment options besides prison sentences. Secondly, the question leads to a closer examination of the German criminal procedures, as there are several stages offering opportunities to “filter out” those who do need to go to prison. The motivation for this article rises from the actual legal reform efforts in the Republic of Georgia, which is aiming at improving the penal system.

¹⁵ Subramanian/Shames: “Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States” (2013), page 3.

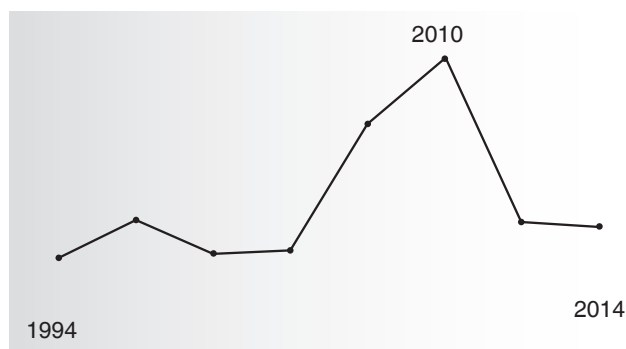
¹⁶ See also, for example, the interesting part one of the report “Comparing International Criminal Justice Systems”, page 10: “What exactly impairs comparability?”: differences of law, differences in the ways crimes are counted; wide variation in the timeliness and accuracy of data; changes in measurement rules and definitions, which evolve as recording practices and laws change and as methodological improvements are made; institutional differences, and also living conditions inside and outside prisons...

¹⁷ Richard S. Frase, “Comparative Perspectives on Sentencing Policy and Research” (2001), in: Sentencing and Sanctions in Western Countries, Michael Tonry, Richard S. Frase (editors), Oxford

University Press 2001, page 283.

Georgia has for some years in a row undergone a period of “zero tolerance policy”¹⁸ under the former government. The following table displays the changes in prison population rates 1994 – 2014 in the Georgian Republic:¹⁹

Year	Number of prisoners	Prison population rate
1994	7376	152
1998	10406	233
2001	7618	174
2004	7867	182
2007	18309	418
2010 ¹⁹	23684	530
2013	10202	225
2014	9888	219



In one case, for example, the convict has been judged to five years imprisonment for allegedly stealing a car’s side mirror worth 30 Lari.²⁰ He had been captured by two detectives, following a political demonstration of the opposition.

As of today, the situation seems to have improved. Still current statistics of criminal sanctions indicate that the use of fines instead of prison sentences is not significant (10 – 15 %). Also, there is not much use of other alternatives (source: web site of the Supreme Court of Georgia):

	Total number of convicted people	Prison sentence	Suspended prison sentence (probation)	Fine	Work in public interest	Amnesty or other reason to be dismissed
2013 five months	5163	1242 (24,1%)	3173 (61,5%)	509 (9,9%)	104 (2%)	133 (2,6%)
2014 Jan-May	6946	2640 (38%)	3115 (44,8%)	1031 (14,8%)	157 (2,3%)	4

¹⁸ GAVIN SLADE: Georgia’s prisons: roots of scandal, 24 September 2012 (Open Democracy).

¹⁹ Compare US Department of State Human Rights Report 2010, page 25: According to Ministry of Justice statistics, during the year the use of plea bargaining increased significantly. During the year the number of plea agreements was 80.8 percent (15,614) of all judgments as compared with 58.9 percent (10,400) in 2009 and 52 percent (10,608) in 2008.

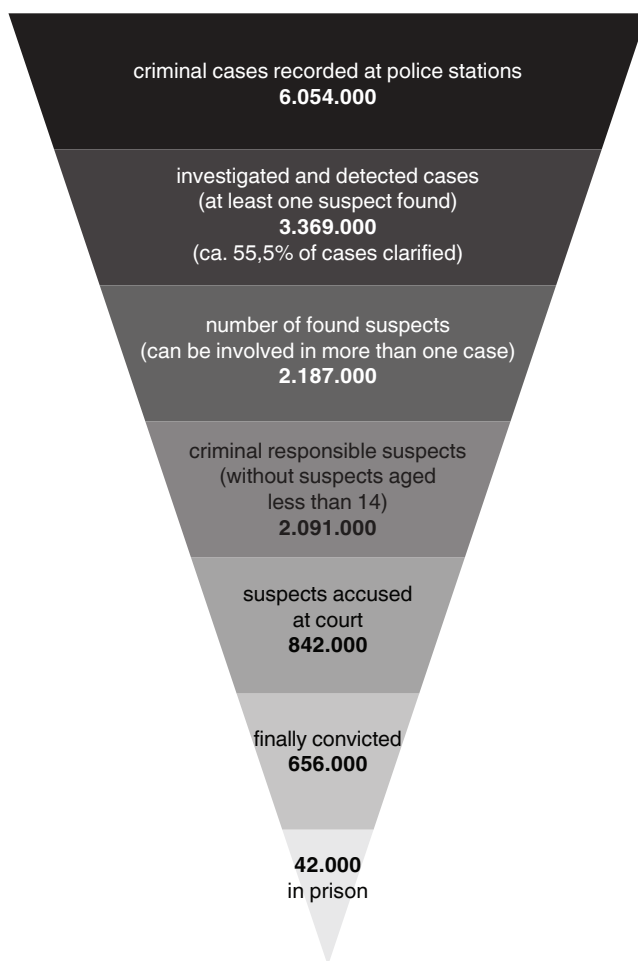
²⁰ Tbilisi City Court, 1.10.2009, N1/3160-09 (002091212).

The question is whether this situation could be improved. Would the example of Germany be of value for the Georgian Republic?

VI. The Approach of Avoiding Prison Sentences: Can it Work?

The information about the German legal system displays a number of features which contribute to a lower number of prison sentences (in 2009, only 6 % of convicts were imprisoned) and shorter average prison terms (as shown above). The whole system of investigation and accusation (police and public prosecutors), criminal court procedures (public prosecutors and judges), sentencing (criminal law and guidelines) and penal practice (prison authorities) works in favor of avoiding prison sentences, suspending them whenever it is possible, and releasing prisoners at the earliest possible point of time. The following diagram demonstrates that imprisonment is the last resort in most criminal cases:

Filtering out those who need not go to prison (Germany 2009²¹):



²¹ Source: Statistisches Bundesamt, Justiz auf einen Blick (BMJ 2011, data of 2009), page 6; please also compare: Jörg-Martin Jehle, Criminal Justice in Germany (English), Facts and Figures, 5. ed. 2009 (Federal Ministry of Justice).

These numbers can also be expressed in percentages: Less than one third, e.g. about 27 % of all prosecution cases ended with an accusation or a penalty order. 22 % of court cases were discontinued²² or ended with acquittals (which equals an average conviction rate of 75 – 80 % over the years). Out of all prison sentences, 94 % were suspended or replaced by fines (monetary penalties). Only 6 % of the finally convicted criminal offenders were sentenced to prison unconditionally and entered the German prisons.²³ As a rule, after 2/3 of the prison term has been completed, the inmates are dismissed. Obvious reasons for these results are

- (1) the **moderate sanctions** of the German Criminal Code, resulting in the sentencing of fines in 80 % of the cases,
- (2) a mass of **penal orders** issued by the public prosecutor's office instead of accusations at court, leading to court judgments, and
- (3) the ample use of **alternative sanctions**, such as fines, community service and, to some extent, also special procedures for offender – victim mediation.

Excursion: Offender-Victim Mediation in Germany²⁴

Developed in the nineties (§§ 155 a, 155b StPO), OVM relies on the offender's efforts to achieve a settlement with the injured party and in doing so to make up for his or her offence (through restitution, compensation, work etc.). A settlement of this kind can take place at any stage during criminal proceedings and can cause the authorities to refrain from prosecution (§ 45 III Act on Juvenile Courts), to drop the prosecution (§ 153a I line 2 Nr. 5 CPC, § 47 I no. 3 Act on Juvenile Courts) or to refrain from imposing a sanction or reduce it (§ 46a Criminal Code). – Data on OVM:

Each year, ca. 5.000 cases of OVM are registered. In 2012, 35 % of offenders were juveniles, 65 % adults.

- ◆ 80 % of attempts of OVM take place before accusation, and most of them are initiated by the public prosecution (others by the police and by the courts).
- ◆ The offences suitable for OVM are mainly bodily injury (53 %), criminal damage (12 %) and insults (11 %), whereas property and asset related crimes (7 %) as well as robberies (2 %) figure less.

- ◆ 57,8 % (73%) of victims and 72,7 % (84%) of offenders were ready to go into OVM proceedings (higher percentages in brackets in case of successful contacts). ◆ Results: 83,3 % successful agreements – 5,4 % partial agreement – 10,8 % failures.
- ◆ 88,3 % of agreed compensations or other good deeds have been accomplished after the agreement.
- ◆ 88,8 % of successful OVM cases have led to the finalisation of criminal proceedings by the public prosecution (only 5 % of cases led to an additional criminal sanction).

VII. The Various Stages of Filtering Out

Indeed, there is more to say about the filtering out. A second glance reveals that efforts to avoid actual imprisonment are made at all stages and levels of criminal procedures. In view of these stages, the German criminal procedures can quickly be summarized:

1st step: investigation and accusation

- ◆ After the police have processed the case, they pass it on to the Public Prosecution Office, which drops the case if there is no sufficient ground for suspicion (ca. 32%), or if the accused's guilt is of a minor nature and there is no public interest in prosecution (ca. 30%).
- ◆ In this case, the proceedings can also be terminated by imposing certain conditions, such as financial re-dress for the injury caused by the act, the payment of a fine, the undertaking of community service, or offender-victim mediation. In the remaining cases, the Public Prosecution Office applies for a penal order (13%) from the competent court, or it charges the suspect (14%).
- ◆ These two options count for the accusation rate of less than one third of all cases.

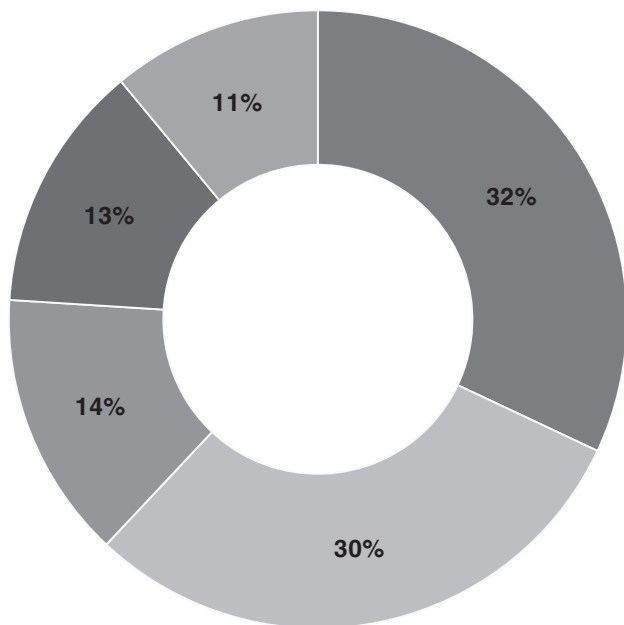
2nd step: accelerated proceedings and penal orders

- ◆ If it is a simple case, which can be dealt with quickly, the Public Prosecution Office can apply to the criminal judge for accelerated proceedings. In such cases, a formal accusation will usually not be filed.
- ◆ Besides, the Public Prosecution Office can apply for a penal order without previous trial. This simplified procedure, with no oral proceedings, makes it possible to deal with uncomplicated cases quickly.
- ◆ However, this approach cannot be applied to the more serious criminal offences, with a minimum punishment of a one year prison term. Also, there are limits to the level of sanction that can be imposed in such proceedings: at most, the sanction can be either a fine or a suspended custodial sentence of up to one year.

²² Compare § 153a II StPO (Code of Criminal Procedures FRG) for **conditional termination**, as well as § 37 II and § 38 II of the Narcotics Act, and § 47 I of the Act on Juvenile Courts; compare § 153 II StPO and § 154 II StPO for **unconditional discharges** (insignificance of the offense), as well as § 47 I, II of the Act on Juvenile Courts.

²³ For comparison, in the Russian Federation (2012) about 200.000 unconditional prison sentences resulted from 900.000 criminal accusations at court. Cited from Maria Shklyaruk „Die Strafverfolgung im Russland: rechtliche Grundlage und die Realität aus rechtssoziologischer und rechtsstaatlicher Sicht“.

²⁴ Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland (BMJ), Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für die Jahrgänge 2011 und 2012.



- Insufficient evidence 32%
- Quick disposal of minor offenses (conditional and unconditional) 30%
- Public charge (for a court judgement) 14%
- Application of penal order (no judgement needed) 13%
- Other methods of adjustment (Transition into the administrative / private production 11%)

Source: *Justiz auf einen Blick* (2011, data of 2009), page 11.

3rd step: court proceedings

- ◆ During the main court proceedings the case can also be terminated (e.g. because the accused’s guilt is of a minor nature and there is no public interest in prosecution): about 25 % of court cases end with a discharge; among them 10 % as unconditional and 13 % as conditional discharges (both public prosecutors and judges can dispense with court action and (provisionally) terminate proceedings, see §§ 153, 153a StPO).
- ◆ Still more than 20 % of cases brought before a court end for other reasons, such as insufficient evidence, or the fact that the court lacks jurisdiction, etc. This means that proceedings are not opened or that they are referred to another court.
- ◆ Otherwise the proceedings will end in acquittal or conviction. For adults, punishment generally takes the form of a fine (80%) or a prison sentence (20%, most often suspended), with the further possibility of a driving ban as an ancillary punishment; for juveniles and young adults special arrangements apply.

4th step: sentencing

- ◆ The length of prison sentences is explained in the graphic above. Besides, in the appendix there is a comparison of sentences for theft (Georgian Republic / Germany) which shows that the German Criminal Code offers more flexibility for German judges. The Criminal Code of Georgia starts with a prison term of one year (Germany: no minimal prison term mentioned), and quickly raises the minimal sentences in case of aggravating circumstances to three, four and six years.
- ◆ In Germany, fines are imposed in daily units.²⁵ This is intended to ensure that they have the same impact on offenders who have committed equally serious crimes but live in different economic circumstances. The total fine derives from the number of daily units and the level of those units, e.g. if someone is sentenced to 45 daily units at a rate of EUR 21 (according to his wage), the fine will total EUR 946 (this amount was the average fine in 2009).
- ◆ Since the personal and financial position of many individuals does not permit them to pay the whole fine immediately, they can be granted a deadline for payment or allowed to pay off the fine in installments. If the person fails to pay the fine, it will be replaced by imprisonment. When calculating the term of imprisonment to replace a fine, one daily unit equates to one day of imprisonment.

Excursion: Rules of sentencing in Germany

§ 46 StGB (Criminal Code): Principles of sentencing

(1) The guilt of the offender is the basis for sentencing. The effects which the sentence can be expected to have on the offender’s future life in society shall be taken into account.

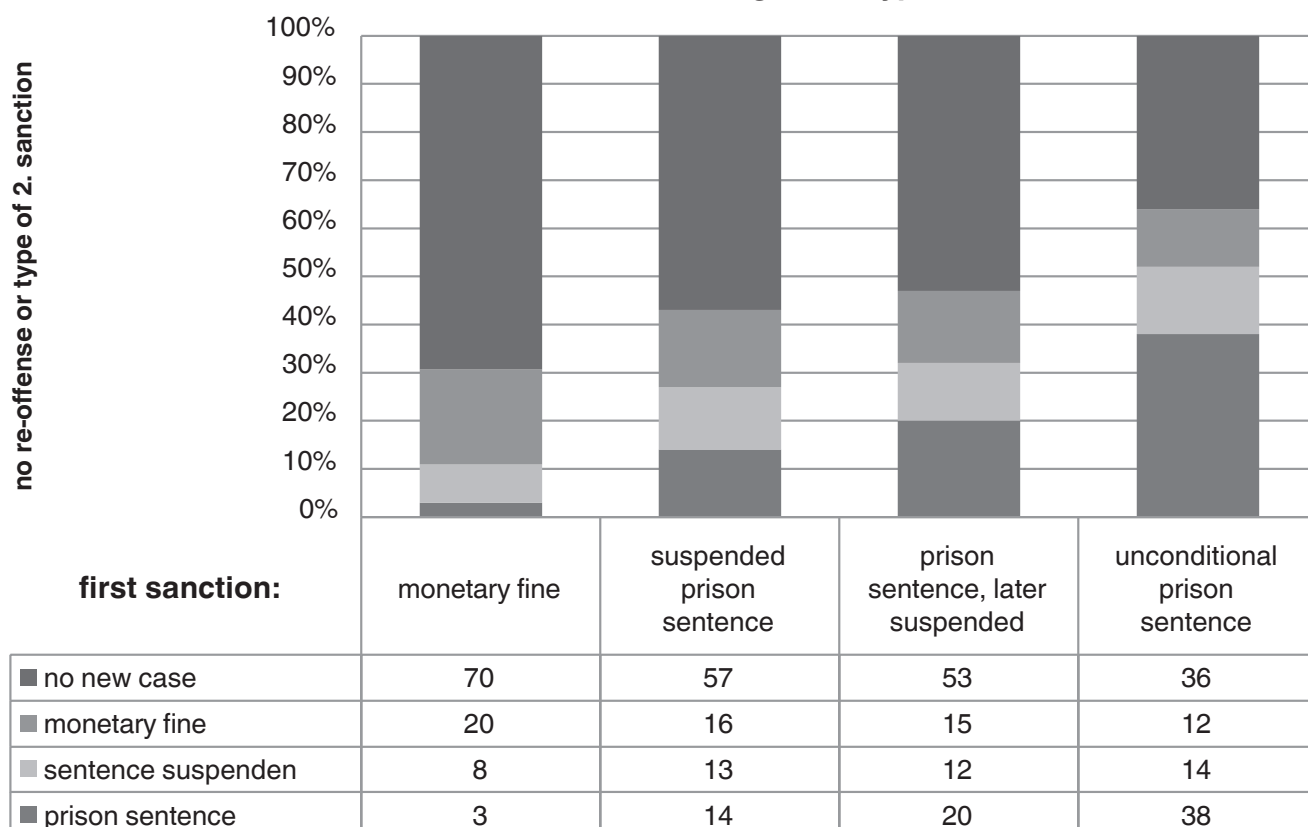
(2) When sentencing the court shall weigh the circumstances in favour of and against the offender. Consideration shall in particular be given to

- the motives and aims of the offender;
- ◆ the attitude reflected in the offence and the degree of force of will involved in its commission;
- ◆ the degree of the violation of the offender’s duties;
- ◆ the modus operandi and the consequences caused by the offence to the extent that the offender is to blame for them;
- ◆ the offender’s prior history, his personal and financial circumstances;
- ◆ his conduct after the offence, particularly his efforts to make restitution for the harm caused as well as the offender’s efforts at reconciliation with the victim.

(3) Circumstances which are already statutory elements of the offence must not be considered.

²⁵ In the U.S., fines are generally used as an accessory penalty in combination with other sanctions. In Europe, fines serve as a stand-alone—and often preferred—sanction.

Recidivism according to the type of the first sanction



Source: E. Weigelt, Rückfallquoten nach Freiheits- und Bewährungsstrafen, Institut für Kriminalwissenschaften der Georg-August-Universität Göttingen, 2008

Note:

The guilt as the basis for sentencing builds on the guilt of the offender which has to be proven in order to fulfill the pre-conditions of applying a sanction. However, it is not the same. The guilt mentioned in § 46 asks for the details, having a second look at the criminal deed and its results: “How badly did the offender behave?” and “What was the consequence?” In other words, the gravity of the deed, its importance for law and order in today’s society and the personal behavior and attitude of the convict (including his situation before and after the crime) have to be taken together in order to create the overall picture of the crime.

Thus, for the assessment of punishment and the choice of the right sanction, which is only roughly pre-determined by the fines and time frames (e.g. “imprisonment from one to ten years”) formulated by the law, the consideration of all circumstances by the judge is obligatory. A judgment which does not give and explain the proper reasons for a sanction in the individual case, or which obviously violates the rules of sanctioning, shall be reversed by the court of next instance (compare § 267 (3) StPO – Code of Criminal Procedures).²⁶

5th step: suspension of prison terms

- ◆ If the convict is sentenced to a prison sentence of up to two years, the court will suspend execution of the sentence on probation if it is to be expected that the offender will not commit any further crimes and there are no other reasons not to suspend the sentence.
- ◆ Suspended sentences are roughly analogous to probation in the United States, although a suspended sentence may not necessarily attach conditions or require active supervision in the community. The court *can* impose conditions (e.g. a fine) or instructions and place the offender under the supervision of a probation officer for the term of probation.
- ◆ The longer the prison sentence, the more stringent are the preconditions for suspending the sentence and granting probation. Prison sentences of less than six months are suspended by the court and the individual serves the sentence on probation if it is likely that he or she will not commit any further crimes with-

²⁶ See also Meyer-Goßner/Apl, Die Urteile in Strafsachen, 27.A., page 148, Rz. 417. For the assessment scheme, taking into consideration objective and subjective aspects, please look at Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3.A., page 124/125, Rz. 315.

out going to prison. Prison sentences from six months to a year are suspended in the same way, unless it is necessary for the person to serve the sentence in order to preserve legal order. Prison sentences between one and two years can be similarly suspended if, additionally, an overall assessment of the crime and the convict's personality indicate special circumstances.

6th step: early release from imprisonment

- ◆ After at least two-thirds of the term of imprisonment has been served, the remaining period is often suspended and probation imposed, as long as the person agrees and the state's interest of public safety is not affected.
- ◆ In exceptional cases, the remainder of the sentence can be suspended and probation can be imposed at an earlier stage, i.e. after half of the term of imprisonment has been served.
- ◆ Similarly, the remainder of a sentence to life imprisonment can be suspended and probation imposed once 15 years have been served, if the particular gravity of the convicted offender's guilt does not necessitate his remaining in prison, and if the prognosis is positive.

VIII. The Question of Recidivism

Having looked at the various stages of procedures and the opportunities of "filtering out", it is worth mentioning one further aspect. In addition to the argument that prison places are expensive²⁷, the restraint is also due to the German theories of punishment, especially the theory of individual prevention. In fact, for many crimes other sanctions (and sometimes, as in drug addict cases, also measures to cure the offender) seem to be more suitable and more effective. At the same time, taking care of criminals can be seen as sort of a risk management. Who represents a danger for society? Empirical data from Germany suggest the thesis that those offenders who have been punished with imprisonment are not less, but even more likely to commit another crime:

It is true that in Germany, in most cases of recidivism, the second criminal sanction will not be an unconditional prison sentence. The German experience tells that those who have actually been to prison are more likely to commit another crime for which once again a prison sentence must be given.²⁸

²⁷ See Justiz auf einen Blick, page 56: an average amount of 32.100 EUR has been spent for each prisoner per year (all costs included). – Average cost per prisoner in England and Wales: £ 37.163 (2011).

²⁸ The overall recidivism rate in Germany has been 33%, compare Justiz auf einen Blick, page 34. See also: Comparing International Criminal Justice Systems, page 33: England and Wales: 45.1 %, Scotland 44.3 % and the Netherlands 38.0 %. Due to different criteria, there are problems comparing these rates.

IX. The On-Going Debate: Searching Alternatives for Prison Custody

In my view, the ongoing discussion confirms that the debate is still open. More data is now available to draw conclusions from international comparison, thus nations have more to learn from each other's experience. This leads to old and new questions about the national sentencing practices and policies. In his report "*Reducing the use of imprisonment – what can we learn from Europe?*", Rob Allen identifies some structural features of criminal justice systems, which appear to be associated with lower rates of imprisonment (pages 16/18). These include:

- ◆ Different arrangements for children and young adults (less 18–21 years old)
- ◆ Options to divert even relatively serious cases from prosecution (e.g. restorative justice options)
- ◆ Milder sentencing tariffs (maximum sentences considerably reduced)
- ◆ Better treatment options for people with drug dependency and psychiatric problems (availability of provision for detoxification, in-patient psychological treatment and substitution therapy)
- ◆ Restrictions on Remands (in Germany, pre-trial detention can only be imposed where the detention is not disproportionate to the significance of the case and to the likely punishment; in the Netherlands, remand in custody is not permitted if it is not likely that the offender will be sentenced to unconditional imprisonment.)
- ◆ A greater role played by academic and other nongovernmental expert organizations in the formulation of a sound criminal policy, rather than the formation of a negative climate influenced by the mass media.

At the same time, it is important to recall the true purpose of sentencing. To cite Richard Frase once again: "*I believe that sentencing should endeavor to achieve the following goals, in the following order of priority: first, **proportionality** to actual or potential harm and offender culpability—especially, avoiding undeservedly severe punishments; second, **economic efficiency** or "parsimony," at both systemic and case levels (preferring the least severe penalty that will adequately achieve other goals)—particularly in the use of custodial sentencing alternatives; third, **crime control effectiveness**; and, fourth, **victim and community satisfaction** with sentencing processes and outcomes. These goals all rest on normative and practical considerations, and they tend to reinforce one another (for example, disproportionately severe penalties add little crime-control benefit, or are even counterproductive, and thus are also inefficient).*"²⁹

²⁹ Richard S. Frase, "Comparative Perspectives on Sentencing Policy and Research" (2001), page 260.

Meanwhile, in modern legal science, the goals of rehabilitation and re-integration of offenders have gained as much importance as the concepts of “general prevention” or “norm-reinforcement”, which have once been introduced by the pioneers of criminal law. I believe that social reintegration is the best answer to the vast majority of offenders, and that successful social reintegration often requires other reaction than imprisonment. This opinion seems to be confirmed by rising doubts about the status quo in the United States. To cite other US-American researchers:

*“Despite pouring more money into prisons, more than four out of ten adult offenders still return to prison within three years of release, and in some states that number is six in ten. These poor results raise the question of whether alternative sentencing and correctional strategies can be developed and deployed that achieve better public safety outcomes.”*³⁰

High crime rates would be the simplest explanation for why the United States has a higher incarceration rate compared to Germany and the Netherlands. But there is also the possibility that high crime rates have produced an over-reaction by politicians, which campaigned for public support. To be tough on crime is always a good argument to be (re-) elected. The above-mentioned report describes the reactions of three US teams from the states of Colorado, Georgia and Pennsylvania after their visit to Europe. They came to the conclusion that it is worthwhile considering the following steps:

(1) Expand prosecutorial discretion to divert offenders, (2) Reduce reliance on incarceration as a first response and expand the use of community-based sanctions, (3) Adapt the disciplinary structure and expand the menu of sanctions, (4) Treat young offenders as a special population, (5) Normalize the conditions within prison.³¹

Following the idea of punishment for prevention’s sake, instead of vengeful retaliation, the search for alternatives to custody in prison continues. Alternative sanctions better correspond to the aim of re-integration into society, and to a more human approach of dealing with criminals. Instead of reproducing the German theories of punishment,³² it appears appropriate to cite Seneca: *“...because, as Plato (in “Protagoras”) said, no wise man punishes because a wrong has been done, but so that no wrong will be done;*

*for you cannot restore the past, but you may prevent future (wrongdoing).”*³³

Still, this famous sentence is not as interesting as its original source, Plato’s Protagoras: *“No one punishes the evil-doer under the notion, or for the reason, that he has done wrong, only the unreasonable fury of a beast acts in that manner. But he who desires to inflict rational punishment does not retaliate for a past wrong which cannot be undone; he has regard to the future, and is desirous that the man who is punished, and he who sees him punished, may be deterred from doing wrong again. He punishes for the sake of prevention...”*³⁴

³⁰ “Subramanian/Shames: “Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States” (2013), page 3.

³¹ Ibidem, pages 17 – 19.

³² See „Sanktionen und ihre kriminologischen Grundlagen“, Materialien Vorlesung Prof. Heinz: http://www.uni-konstanz.de/rtf/heinz/lehre/Materialien_Sanktionen_Kap_02.pdf. For a complete overview of the German system of criminal sanctions, please see Prof. Heinz “Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882–2010”: <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2010.pdf>.

³³ “... nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur.” (Seneca, 1 – 65 AD, in: De Ira, Book I, 19.7)

³⁴ Plato, Protagoras (324a4), cited from: Punishment and Its Rationales, in: Dubber & Kelman, American Criminal Law, Chapter 1, page 18.

Appendix: Comparison of sentences for theft (Georgian Republic / Germany)

<p>Article 177. Theft (Criminal Code Georgian Republic)</p> <p>1. Theft, i.e. covertly taking possession of one’s movable property for unlawful appropriation, – shall be punished by a fine, or restriction of freedom for a term from one to three years, or imprisonment for the same term.</p> <p>2. The same offence:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Causing significant damage, b. Committed by intrusion into dwelling or other storage facility, <p>- shall be punished by imprisonment for a term from three to five years.</p> <p>3. The same offence committed:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. by a group with prior agreement, b. Repeatedly, c. By illegal intrusion into residence, d. Against transport facilities, <p>- Shall be punished by imprisonment for a term from four to seven years.</p> <p>4. The same offence committed:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. By an organised group, b. In large quantities, c. By a person who had already been convicted twice or more for unlawful appropriation or extortion of other’s belongings d. Against oil and gas in a pipeline <p>- Shall be punished by imprisonment for a term from six to ten years.</p> <p>Note:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. For the purposes of this article, large quantities shall mean a value of objects exceeding 10 000 GEL. 2. Offences referred to in the articles 177-186 of the present Code shall be considered as committed repeatedly, if it was preceded by the commission of any offence stipulated by this article and the articles 224, 231, 237 and 264. 3. For the purpose of this article, significant damages shall mean a value of object(s) exceeding 150 GEL. 	<p>Section 242 Theft (Criminal Code of FRG)</p> <p>(1) Whosoever takes chattels belonging to another away from another with the intention of unlawfully appropriating them for himself or a third person shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.</p> <p>(2) The attempt shall be punishable.</p> <p>Section 243 Aggravated theft</p> <p>(1) In especially serious cases of theft the penalty shall be imprisonment from three months to ten years. An especially serious case typically occurs if the offender</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. for the purpose of the commission of the offence breaks into or enters a building, official or business premises or another enclosed space or intrudes by using a false key or other tool not typically used for gaining access or hides in the room; 2. steals property which is especially protected by a sealed container or other protective equipment; 3. steals on a commercial basis; 4. steals property which is dedicated to religious worship or used for religious veneration from a church or other building or space used for the practice of religion; 5. steals property of significance for science, art or history or for technical development which is located in a generally accessible collection or is publicly exhibited; 6. steals by exploiting the helplessness of another person, an accident or a common danger; or 7. steals a firearm for the acquisition of which a licence is required under the Weapons Act, a machine gun, a submachine gun, a fully or semi-automatic rifle or a military weapon containing an explosive within the meaning of the Weapons of War (Control) Act or an explosive. <p>(2) In cases under subsection (1) 2nd sentence Nos 1 to 6 above an especially serious case shall be excluded if the property is of minor value.</p>
--	--

Code of Criminal Procedures of Germany
 © Translation juris GmbH Saarbrücken

Section 153 [Non-Prosecution of Petty Offences]

(1) If a misdemeanor is the subject of the proceedings, the public prosecution office may dispense with prosecution with the approval of the court competent to open the main proceedings if the perpetrator’s guilt is considered to be of a minor nature and there is no public interest in the prosecution. The approval of the court shall not be required in the case of a misdemeanor which is not subject to an increased minimum penalty and where the consequences ensuing from the offence are minimal.

(2) If charges have already been preferred, the court, with the consent of the public prosecution office and the indicted accused, may terminate the proceedings at any stage thereof under the conditions in subsection (1). The consent of the indicted accused shall not be required if the main hearing cannot be conducted for the reasons stated in Section 205, or is conducted in his absence in the cases referred to in Section 231 subsection (2) and Sections 232 and 233. The decision shall be given in a ruling. The ruling shall not be contestable.

Section 153a [Provisional Dispensing with Court Action; Provisional Termination of Proceedings]

(1) In a case involving a misdemeanor, the public prosecution office may, with the consent of the accused and of the court competent to order the opening of the main proceedings, dispense with preferment of public charges and concurrently impose conditions and instructions upon the accused if these are of such a nature as to eliminate the public interest in criminal prosecution and if the degree of guilt does not present an obstacle. In particular, the following conditions and instructions may be applied:

- 1. to perform a specified service in order to make reparations for damage caused by the offence;
- 2. to pay a sum of money to a non-profit-making institution or to the Treasury;
- 3. to perform some other service of a non-profit-making nature;
- 4. to comply with duties to pay a specified amount in maintenance;
- 5. to make a serious attempt to reach a mediated agreement with the aggrieved person (perpetrator-victim

mediation) thereby trying to make reparation for his offence, in full or to a predominant extent, or to strive therefor;

6. to participate in a social skills training course; or
7. to participate in a course pursuant to section 2b subsection (2), second sentence, or section 4 subsection (8), fourth sentence, of the Road Traffic Act.

The public prosecution office shall set a time limit within which the accused is to comply with the conditions and instructions, and which, in the cases referred to in numbers 1 to 3, 5 and 7 of the second sentence, shall be a maximum of six months and, in the cases referred to in numbers 4 and 6 of the second sentence, a maximum of one year. The public prosecution office may subsequently revoke the conditions and instructions and may extend the time limit once for a period of three months; with the consent of the accused it may subsequently impose or change conditions and instructions. If the accused complies with the conditions and instructions, the offence can no longer be prosecuted as a misdemeanor. If the accused fails to comply with the conditions and instructions, no compensation shall be given for any contribution made towards compliance. Section 153 subsection (1), second sentence, shall apply *mutatis mutandis* in the cases referred to in numbers 1 to 6 of the second sentence. Section 246a subsection (2) shall apply *mutatis mutandis*.

(2) If public charges have already been preferred, the court may, with the approval of the public prosecution office and of the indicted accused, provisionally terminate the proceedings up until the end of the main hearing in which the findings of fact can last be examined, and concurrently impose the conditions and instructions referred to in subsection (1), first and second sentences, on the indicted accused. Subsection (1), third to sixth and eighth sentences, shall apply *mutatis mutandis*. The decision pursuant to the first sentence shall be given in a ruling. The ruling shall not be contestable. The fourth sentence shall also apply to a finding that conditions and instructions imposed pursuant to the first sentence have been met.

(3) The running of the period of limitation shall be suspended for the duration of the time limit set for compliance with the conditions and instructions.

(4) In the case referred to in subsection (1), second sentence, number 6, also in conjunction with subsection (2), Section 155b shall apply *mutatis mutandis*, subject to the proviso that personal data from the criminal proceedings that do not concern the accused may only be transmitted to the agency in charge of conducting the social skills training course insofar as the affected persons have consented to such transmission. The first sentence shall apply *mutatis mutandis* if an instruction to participate in a social skills training course is given pursuant to other criminal law provisions.

Recent Challenges to the Parole System in Europe

I. Introduction

The importance of an effective parole system is directly linked to a fully developed criminal justice system. Rising prison population in most of the European countries in the last decade increases the role of parole system in balancing imprisonment rates and preventing re-offending. In this regard, it is crucial to define the main challenges faced by the parole system in various European countries.

Although parole is proved as the fairest early release system in comparison with amnesty and pardon, parole systems differ in each European country in terms of how they are organized, operate and meet certain standards. Accordingly, the present article reviews the main aspects related to the parole systems in European countries, thus aiming to demonstrate existing gaps and best practices, and compare with the standards set by the Council of Europe in its recommendations.

II. Overview of the Problems Related to the Parole System

The law and policy of parole are vital for sanctioning and enforcing detention, as they reveal the reality of measuring the limitation of punitive power of a country with constitutional order by broader principles that serve the purpose of punishment.²

Overcrowding within detention facilities, which is a prevailing problem in many countries, obliges governments to hold discussion about the policy of criminal sanctioning with the aim of reducing incarceration rates. The Council of Europe (CoE) is an international organization that, among other priorities, aims to assist to reduce prison population in detention facilities and support re-socialization of prisoners. Within this context, significant weight is given to the efficient framework of parole within member states. Such a system should form a part of criminal justice framework. Notably, in its preamble, the CoE Committee of Ministers (CM) Recommendation (99)22 concerning prison overcrowding and prison population inflation upholds that prison overcrowding and “prison pop-

ulation” growth represent a major challenge both to prison administration and to the criminal justice system in terms of human rights and efficient management of penitentiary institutions.

The Council of Europe Committee of Ministers (CoE CM) has adopted a special recommendation supporting the establishment and management of an effective system for parole. Notably, the CoE CM Recommendation (2003)22 on parole defines two main systems of parole in Europe: discretionary release system and mandatory or automatic release system.

Under the discretionary release system, the law should fix the minimum sentence period that a prisoner has to serve to be released on parole.³ The discretionary release system, which is based on individualized assessment, is used in the following countries: Austria, Croatia, Estonia, Hungary, Poland, Russian Federation, Slovenia, Spain, and the Czech Republic.⁴ Based on the existing legislation and practice, Georgia belongs to this group of countries.

In case of mandatory release, the period that prisoners must serve to obtain the right to release should be determined in advance. The release can be postponed only under exceptional circumstances defined by law. Moreover, in case of postponement, a new date should be set for release. England and Wales, Finland, Greece, Sweden, and Turkey have implemented mandatory release system.⁵

Parole should be regularly applied in ordinary cases and should be disregarded only when there are explicit negative expectations towards a prisoner. Such practice prevails in Belgium, Denmark, and Switzerland. For example, in Sweden, a convict is released on parole after having served two thirds of a sentence and in the absence of obstructing circumstances. Since 1 January 2007, one such circumstance is the violation of the terms of parole, resulting in its revocation.⁶

French criminal justice system contains some noteworthy elements. Instead of presenting solid evidence proving his/her re-socialization, a convict should merely demonstrate that he/has changed positively. In France, it is possible to be released on parole after having served half of a sentence and in case of recidivists, after serving two thirds of a sentence. When a convict has a child who is up to 10 years old, who has been living with the offender before detention, this circumstance is given considerable weight during the determination of parole. Such approach strengthens family ties and reduces negative aspects of detention. In such cases, there is no minimum sentence to be served and a person can be released within a brief period. However, it should be noted that such practice is

¹ Project Manager at the Council of Europe (Strasbourg, France); since 2013, PhD candidate (VU Amsterdam, Netherlands); 2008-2009- LLM in EU Law (University of Essex, UK); 1994-1999- BA/MA in Law (TSU, Georgia); since 2013, Associate Professor (EEU, Georgia); 2011-2015 invited lecturer (TSU, Georgia).

² D. van Zyl Smit and S. Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*, Oxford University Press Inc., New York, 2011, pg. 316.

³ CoE CM Rec (2003)22 on parole, paragraph 16.

⁴ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, *Release from Prison, European Policy and Practice*, Willan Publishing, USA, 2010, pg. 420.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, pg. 421.

seldom applied. Similar family-oriented regulations of parole are in force also in Italy.⁷

The Georgian legislation determines respective minimum sentence to be served in relation to crimes of various degrees of gravity. Namely, in case of petty crime, half of a sentence; in case of a grave crime – two thirds; and in case of a particularly grave crime – three fourths of a sentence should be served. Three fourths of a sentence should also be served when a sentence has been imposed on a person who was released on parole earlier, but the parole was revoked due to his/her repeated non-compliance towards obligations imposed or due to committing a negligent or intentional crime.⁸ Georgian legislation upholds a different approach towards juvenile offenders in detention. The following periods are used for the determination of parole for juvenile convicts: in case of a petty crime, one third; in case of a grave crime – half; and in case of a particularly grave crime – two thirds of a sentence should be served.⁹

Across European countries, different institutions review cases and adopt decisions about parole. Not every country follows the German model where an independent court adopts respective decision. For example, in Belgium, in the cases when a person serves a sentence of up to three years in detention, the administration of the prison facility can make a decision about parole. In all other cases, the decision is made by the court enforcing the sentence, comprising of three members, viz., a judge, a social integration expert and an expert in penitentiary matters. There are some countries in Europe (Denmark, Finland, Sweden, and Switzerland), where in some instances decision about parole is made by the administration of a prison facility; in other instances – by the relevant structural unit under the Ministry of Justice. In England and Wales, there are parole boards, which, like in Belgium, consist of representatives of various professions. Other countries (viz., Croatia, France, Germany, Hungary, Italy, Poland, Slovenia, and Spain) supported the establishment of specialized judge or a tribunal. Only a few countries have equipped first instance courts with the power to make decisions about parole (Czech Republic, Estonia, Greece, and Lithuania). The Netherlands' system is unique where the public prosecutor makes the decision.¹⁰

Throughout the last decade, Georgia has experimented with five systems of parole. Recent amendments to the Code of Imprisonment (01.05.2015) provided parole boards with the authority to review cases on parole. There are five parole boards acting throughout Georgia; among them, one specifically deals with juveniles and one with female offenders.¹¹

It is important to have a well-developed system of parole in place, whether the decision-making body automatically reviews parole cases or the revision is conducted only upon specific referral. In Germany, the case of a prisoner who is about to finish serving two thirds of a sentence is submitted by the board responsible for the enforcement of sentences. In other countries, the administration of a prison facility (Bulgaria, Croatia, Denmark, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Poland, Slovakia, Spain, and Turkey) or a prosecutor's office (Bulgaria, Czech Republic, France, Slovakia, and Turkey) can also play the same role.¹²

CoE CM Recommendation (2003)22 states that relevant authorities should initiate the necessary procedure to enable a decision on parole to be taken as soon as the prisoner has served the minimum period.¹³ The stated standard implies that the authorities should undertake necessary measures and ensure comprehensive review of the parole case from submitting a case to the competent body to, in case of positive decision, immediately releasing a convict and transferring the case to the supervising body. The Georgian legislation in force up to 1 January 2013 was not in line with the stated standard, as the burden of submitting a case to the parole board for the decision on parole mainly fell on a convict, his/her defense counsel/legal representative or a close relative. Based on June 2012 amendments to the Code of Imprisonment of Georgia, the stated practice was abandoned and the facility administration is now under the obligation to prepare a case and refer it promptly to the relevant body.¹⁴

Procedural rights of offenders in relation to the case referrals are similar across European countries. In majority of countries, a convict has a right to be heard and an offender is authorized to take part in the procedure (review or oral hearing) almost everywhere. The right to have access to case file (in some instances indirectly, through a lawyer) is guaranteed in many countries, but not in Bulgaria, Croatia, Cyprus, Lithuania, Latvia, Malta, Poland, Portugal, Slovakia, and Turkey. Nevertheless, each convict is informed about the outcome of the review.¹⁵ Georgia is not an exception from the positive practice and by introducing a new system of parole boards, a convict was given a right to take part in the oral hearing and have a defense counsel/legal representative present at a hearing.¹⁶ Although parties (including prisoners and/or his/her legal representative) are provided with the materials of the case

⁷ *Ibid.*

⁸ Code of Imprisonment of Georgia, article 40.1.

⁹ *Ibid.*, article 40.2.

¹⁰ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Release from Prison, European Policy and Practice, Willan Publishing, USA, 2010, pg. 425.

¹¹ Order of the Ministry of Corrections of Georgia #69 (02.05.2014) on amendments to the Order #151 of the Ministry of Corrections and Legal Aid of Georgia on the Number, Territorial Competence and Model Charter of a Local Board.

¹² N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Release from Prison, European Policy and Practice, Willan Publishing, USA, 2010, pg. 425.

¹³ Paragraph 17.

¹⁴ Code of Imprisonment of Georgia, article 42.1.

¹⁵ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Release from Prison, European Policy and Practice, Willan Publishing, USA, 2010, pg. 426.

¹⁶ Order of the Ministry of Corrections and Legal Aid of Georgia #151 (28.10.2010) on the Number, Territorial Competence and Model Charter of a Local Board, article 13.2.

concerned 5 days prior to the oral hearing,¹⁷ the prisoner has no access to the information which is sent by the prison administration to the parole board for a preliminary review (before the decision is taken whether to hold an oral hearing or reject a case).

All European countries, except Sweden, establish a period when a new referral about the same case cannot be made. Maximum length of such period is a year, as applied in Belgium, Portugal, Romania, Scotland, Slovakia, and the Czech Republic. Majority of European states apply a period of one, three or six months.¹⁸ In Georgia, a case about parole may be revisited once in six months (except for the cases when the length of the sentence to be served is not more than 6 months and/or there is some exceptional circumstance); and for the juvenile cases, it must be reconsidered once every three months.¹⁹

Notably, in its case-law, the European Court of Human Rights (ECtHR) has paid attention to the time limits for reconsidering parole cases and has indicated that, for example, in the case of *Hirst v. UK*,²⁰ the assessment of a risk of harm posed by the convict should be undertaken with reasonable intervals and two years between the assessments is an overly lengthy period.²¹

While discussing a system of parole, the issue of prisoners serving a life sentence is important. In the CoE CM Recommendation (2003)23 on the management of life sentence and other long-term prisoners by prison administration, the CoE emphasized that such right should be granted to the stated category of prisoners and referred to the CoE CM Recommendation (2003)22.²²

Life sentence without parole should not be used against any category of convicts. The German Federal Constitutional Court recognized in the *Life Imprisonment* case²³ that it would be incompatible with the provision on human dignity in the Basic Law of the State to forcefully deprive a person of his/her freedom without at least providing him/her with the chance to someday regain that freedom.²⁴

Conditions for serving a life sentence and conditions for parole vary across countries. For example, in Germany, it is prohibited to release a prisoner with life sentence on parole until he/she serves at least 15 years in prison. Similar

minimum sentence in England and Wales is 14 years.²⁵ In Georgia, parole of prisoners with life sentence can be reviewed only after they serve 20 years in prison.²⁶

The ECtHR assessed whether not having a right to parole is against Article 3 of the European Convention on Human Rights. In *Einhorn v. France*, the Court noted that imposing a life sentence that excludes the possibility of being replaced by another sentence could raise issues of violation of the right guaranteed under Article 3 of the Convention.²⁷

In *Kafkaris v. Cyprus*, the ECtHR had to decide whether Article 3 of the Convention had been violated, as the applicant had no possibility to be released. However, the Court avoided this issue and stated that based on a narrow interpretation of various facts, it could not be concluded that Kafkaris was denied the possibility of release.²⁸ In *Kafkaris*, the Court made several indications that if faced with the irreducible life sentence in the future, it would find the violation of Article 3 of the Convention. It is possible to rely on the words of the Court that “[i]t is enough for the purposes of Article 3 that a life sentence is *de jure* and *de facto* reducible.”²⁹ The stated position has been further strengthened in the concurring opinion of Judge Bratza, where he wrote, “the time has come when the Court should clearly affirm that the imposition of an irreducible life sentence, even on an adult offender, is in principle inconsistent with Article 3 of the Convention.”³⁰ This spirit was strengthened by the ECtHR, which upheld that the system of “whole life orders”, whereby in England and Wales a mandatory life sentence may be imposed and the possibility of parole denied under section 269(4) of the Criminal Justice Act 2003, amounts to inhuman or degrading treatment or punishment in breach of article 3 of the European Convention on Human Rights.³¹

CoE CM Recommendation (2003)23 went further and established a standard that if, following the revocation of parole, a life-sentence prisoner is returned to prison, respective programmes should be re-determined for preparing a prisoner for resettlement in the community.³² A leading ECtHR case, *Stafford v. UK*, is noteworthy in this regard.³³ In the present case, an applicant who was found guilty of manslaughter was released on parole from a life sentence. Following his return to the community, he com-

¹⁷ *Ibid*, article 13.3.

¹⁸ N. Padfield, D. van Zyl Smit and F. Dunkel, *Release from Prison, European Policy and Practice*, Willan Publishing, USA, 2010, pg. 426-427.

¹⁹ Code of Imprisonment of Georgia, article 42.6.

²⁰ *Hirst v. United Kingdom*, appl. #40787/98, decision 24.07.2001.

²¹ D. van Zyl Smit and Sonja Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*, Oxford University Press Inc., New York, 2011, pg. 332.

²² CoE CM Rec (2003)23 on the management of life sentence and other long-term prisoners by prison administration, paragraph 34.

²³ Referral from the Verden District Court to the German Federal Constitutional Court related to the case of Detlev R. (1977), at <http://www.hrcr.org/safrica/dignity/45bverfge187.html>

²⁴ N. Flatow, *Top European Human Rights Court Deems Life in Prison Without Parole Inhuman and Degrading*, 10.07.2013, at <http://thinkprogress.org/justice/2013/07/10/2282321/top-european-human-rights-court-deems-life-in-prison-without-parole-inhuman-and-degrading/>

²⁵ *Ibid*, pg. 44.

²⁶ Code of Imprisonment of Georgia, article 40.6.

²⁷ *Einhorn v. France*, appl. 71555/01, decision 16.10.2011, paragraph 27.

²⁸ D. van Zyl Smit and Sonja Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*, Oxford University Press Inc., New York, 2011, pg. 331.

²⁹ *Kafkaris v. Cyprus*, appl. 21906/04, decision 12.02.2008, paragraph 98.

³⁰ *Ibid*, Concurring opinion of Judge Bratza (without internal paragraphs).

³¹ *Vinter and Others v. UK*, applications #66069/09, 130/10 and 3896/10, decision on 09.07.2013, at <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2013/645.html>

³² Paragraph 35.

³³ *Stafford v. United Kingdom*, appl. 46295/99, decision 28.05.2002.

mitted a non-violent crime, which was not related to his previous crime. Therefore, he was sentenced to imprisonment. The issue under discussion was whether, after having served a sentence for the second crime, the applicant's imprisonment should have continued for violating parole conditions of the first crime. The Court upheld that committing fraud, a non-violent crime, should not result in further continued detention for the manslaughter committed earlier.³⁴

In recent years, the major focus has been on preventive measures and sentencing. Therefore, the issue of return of prisoners, released on parole, to the prison facilities has been almost neglected. Technically, the return should not be separated from the policy and practice of sentencing. The context of parole cannot be fully assessed without understanding the law governing the return of convicts and the practice established in the cases when parole conditions are violated.³⁵

The European Probation Rules call on the authorities to make convicts fully aware of what is required of them, the duties and responsibilities of probation staff, and the consequences of non-compliance.³⁶ When considering the conditions to be imposed and whether supervision is necessary, the decision-making authority should have at its disposal reports, including oral statements, from personnel who are familiar with prisoners and their personal circumstances.³⁷ The decision-making authority should make sure that prisoners understand the imposed conditions, the help that can be given, the requirements of control, and the possible consequences of failure to comply with the conditions.³⁸

European Probation Rules emphasize the responsibility of the probation staff when the convict violates the imposed conditions. In particular, when convicts fail to comply with any of the imposed conditions, probation staff should respond actively and promptly and the response should take full account of the circumstances of the failure to comply with the imposed conditions.³⁹

The probation authority should deal with minor failures in the observance of imposed conditions by giving advice or warning. The probation authority should promptly report any significant failure to the authority (in majority of cases, to the courts) deciding on possible revocation. This authority should consider whether providing advice, warning, imposing stricter conditions or temporary revocation of the parole would constitute a sufficient penalty.⁴⁰

When the revocation of a community sanction or a measure is considered, due account should be taken of the manner in which and the extent to which any conditions and obligations laid down have been complied with by the convict.⁴¹ The deciding authority should only give ruling on the modification or the partial or total revocation of a community sanction or measure after making a detailed examination of the facts reported by the implementing authority.⁴²

The decision to revoke a community sanction or measure shall not necessarily lead to a decision to impose imprisonment.⁴³ It is an important safeguard that before deciding on the modification or partial or total revocation of a community sanction or measure, the deciding authority provides the convict with the opportunity to examine appropriate documents and to present his/her comments on the violation of any imposed condition or obligation.⁴⁴

The provision on the right of the convict to appeal to a judicial or other competent independent authority, in case of modification or revocation of the non-custodial measure, is specified in detail in Europe Probation Rules, according to which national law should provide clear, accessible and effective procedures to investigate and respond to complaints regarding probation practice.⁴⁵ Moreover, in all cases, the complainant should be duly informed of the process and the findings of the investigation.⁴⁶

In Spain, re-offending and the breach of the license obligations are grounds for revoking parole.⁴⁷ However, reoffending means committing a new criminal offence, but not a petty crime.⁴⁸ Regarding imprisonment of the parolee for a new or old offence, the Spanish case law has been oscillating between revoking or suspending parole, insofar as parole is obviously incompatible with imprisonment. Nonetheless, in the below listed cases the judges overseeing the enforcement of the sentence apply parole suspension. E.g., *Audencia Provincial Barcelona* (section 9); Auto 24.07.2006, JUR 2007/12441; *Audencia Provincial Baleares* (section 2^a); Auto 99/2005, 24.05, JUR 2005/14266; *Audiencia Provincial Cantabria* (section 1^a); and Auto 99/2003, 08.10, JUR 2004/56196). Additionally, there is no explicit legal obligation to inform the parolee or give notice about a possible revocation, but the judge has discretion to offer the parolee an opportunity to give reasoning against the revocation.⁴⁹

³⁴ D. van Zyl Smit and Sonja Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*, Oxford University Press Inc., New York, 2011, pg. 333.

³⁵ B. Weaver, C. Tata, M. Munro, M. Barry, *The Failure of Recall to Prison: Early Release, Front-Door and Back-Door Sentencing and the Revolving Prison Door in Scotland*, *European Journal of Probation*, Vol. 4, N1, 2012, pp. 85-98, at www.ejprob.ro.

³⁶ CoE CM Rec(2010)1 on the European probation rules, rule 86.

³⁷ CoE CM Rec(2003)22 on parole, rule 25.

³⁸ *Ibid*, rule 26.

³⁹ CoE CM Rec(2010)1 on the European probation rules, rule 87.

⁴⁰ CoE CM Rec(2003)22 on parole, rule 30.

⁴¹ CoE CM R(92)16 on the European rules on community sanctions and measures, rule 85.

⁴² *Ibid*, rule 82.

⁴³ *Ibid*, rule 86.

⁴⁴ *Ibid*, rule 82.

⁴⁵ CoE CM Rec(2010)1 on Europe probation rules, rule 99.

⁴⁶ *Ibid*, rule 101.

⁴⁷ Spanish Criminal Code, Article 93.1.

⁴⁸ N. Padfield, D. van Zyl Smit, F. Dunkel, *Release from Prison – European Policy and Practice*, Willan Publishing, 2010, pg. 373.

⁴⁹ J. Cid, B. Tebar, *Revoking early conditional release measures in Spain*, *European Journal of Probation*, Vol. 4, N1, 2012, pp. 112-124, www.ejprob.ro.

In 2008, mechanisms of parole were introduced in the Dutch law, which replaced the early release.⁵⁰ The new legislation broadened the task of the prosecution in connection with parole, as now the prosecutor has to decide about the special conditions to be combined with the parole and to organize and manage the supervision of the probationers. If a probationer does not fulfill the set condition(s), the prosecutor is tasked with providing adequate response, the severest of the responses being revocation of the parole and executing the rest of the sentence in prison.⁵¹

The Dutch law gives the judge a task to decide about suspending, refraining from, and revoking parole, although there were proposals made to assign these tasks to the prosecution combined with the possibility to appeal to the court. In order to introduce a law that would keep in line with Articles 5 and 6 of the European Convention on Human Rights, the Dutch government chose the model with the judge as the decision-maker in cases where imposed conditions were not fulfilled or infringed.⁵²

If the prosecution is convinced that there are certain grounds for suspending parole for a certain period or for revoking it, the prosecution immediately sends a written motion on the matter to the court. All the documents in relation with the case are attached to the motion. Pending the judgment of the court, the convicted person stays in prison. Parole may be suspended for a certain period, or, when suspended, completely revoked. Although the court takes decision on a public hearing, the decision of the court is not subject to appeal.⁵³

The Georgian practice shows that if the probationer violates the imposed conditions, an authorized person from the probation bureau shall draft a protocol of an administrative offence and deliver it directly to the convict or send it to his/her mailing address. The protocol of administrative offense sets out a fine, which shall be paid by the convict within thirty days after receiving the protocol. The amount of fine constitutes GEL 100 (40 Euros); in case of reoffending during the first year, the fine amounts to GEL 200 (80 Euros); and for the third and consecutive offences, the fine amounts to GEL 300 (120 Euros). Third and consecutive violations of the imposed conditions by the probationer may serve as the basis for the head of probation bureau to submit a motion to the court. Besides receiving a fine, a convicted person may receive a modified or more severe condition. The motion is submitted to the court according to the place of residence of the convict. The court will up-

hold or reject the motion within one month after having received it.⁵⁴

Unlike the legislations of Spain and the Netherlands, the Georgian legislation does not envisage participation of the prosecutor in the process of revoking the parole. This burden falls on the author of the motion (head of probation bureau), which can cause challenges, as after amendments introduced to the Georgian Law on the execution of non-custodial punishments and probation in 2009, an obligation of the head of probation bureau to have tertiary education in law, was removed.⁵⁵

III. Conclusion

After reviewing the system of parole in various countries of Europe and focusing on those standard rules established by the CoE, it is obvious that early conditional release faces important challenges; particularly, in terms of efficiency and the system of fair overview of cases.

Considering the established legislations and practices in the European countries, it is clear that important efforts should be made to specify relevant circumstances for disregarding parole and providing appropriate prior information to convicts.

Another issue relates to the right to have access to the files presented to the decision-making bodies on parole. It is crucial for the right to a fair trial to have access to all documents related to the person concerned from the very beginning of the case application/review. This will ensure equality and fair review of the case.

It seems a long term to re-review a parole case after a year (as practiced in a number of European countries) and unacceptable to have no fixed term for such review (as in the case of Sweden). This should negatively influence the individual sentence plan implementation by the prisoner. Moreover, what happens if, after the rejection of a case on parole, the term for serving a sentence is less than a year? This can be a de-motivating factor for a prisoner and can cause unexpected challenges to him/her.

A life term sentence should not mean in every case actual imprisonment for life. The right of regaining freedom should be practiced by every life term prisoner. Clear procedures and criteria have to be applied while reviewing the cases of this category of prisoners.

It is crucial that the relevant officials make sure that parolees understand the imposed conditions, the help that can be given, the requirements of control, and the possible consequences of failure to comply with the conditions. The officials should also ensure that appropriate information is

⁵⁰ N. Padfield, D. van Zyl Smit, F. Dunkel, *Release from Prison – European Policy and Practice*, Willan Publishing, 2010, pg. 300.

⁵¹ Examples of national legislation and procedures with regard to conditional release and measures involving deprivation of liberty, European Committee on Crime Problems, Council of Europe, Strasbourg, 2013, pg. 17, at www.coe.int.

⁵² E. Julsing-Nijenhuis, *Voorwaardelijke invrijheidstelling*, Kluwer, 2009, pg. 51.

⁵³ Dutch Criminal Code, Article 15(e)(11), Article 15(e)(2), Article 15(d)(7), Article 15(f)(5).

⁵⁴ Law of Georgia on execution of non-custodial punishments and probation, Article 12(5), Article 12(7), Article 12(8), Article 12(8¹), Article 12(8²), Article 12(9), Article 12(9), Article 21(2), Article 21(3).

⁵⁵ Law of Georgia #1993 (03.11.2009) on amendments to the Law of Georgia on execution of non-custodial punishments and probation, Georgian version at <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/90334>.

provided to them in a timely manner, prior to the release. This should assist in avoiding problems regarding the implementation of imposed conditions by the parolees.

Last but not least is the issue of establishing clear guidelines on assessing the level of re-offending by the parolee and deciding on the revocation of parole. A review of the European legal regulations has identified an important common problem, which is characteristic to Dutch, Spanish and Georgian practice, viz., non-existence of specific criteria for the revocation of parole. It is up to the court (judge) to decide in every particular case the revocation of parole, which, without certain criteria, depends on the subjective approach of a decision maker.

European countries should direct special focus on the case law of the ECtHR, which made obvious that committing a non-violent crime should not result in further continued detention for the grave or particularly grave crime committed earlier (*Stafford v. UK*).

Additionally, inability to appeal the decision of the court is the shortcoming of the Dutch system, while the Spanish system does not allow the convict to attend the oral hearings without the permission of a judge. In Georgia, the preparation of pre-trial reports for the judges, which would facilitate decision-making, particularly when a judge is doubtful of the reports submitted by the administrations of penitentiary institutions, remains an important problem.

Georgian experience shows that the burden of motion on revocation of parole before the court should be reconsidered. Particularly, either the function of presenting the case to the court should be authorized to the prosecutor, or the criteria of tertiary legal education and running appropriate trainings by the head of probation bureau should be imposed through amendments to the legislation.

One more issue that needs to be additionally researched and studied comprehensively is the de-motivation of the convict, due to a revoked parole, to restart the process of reintegration into the society as convicts whose paroles are revoked have fewer chances to obtain parole for the second time. The demand to achieve reintegration into society [by the convicts] is constitutionally consistent with the self-understanding of a community, which puts human dignity at its centre and commits to the principle of social justice. The condemned offender must be granted the chance to re-enter the community after having atoned for his/her crime. It is the duty of the state to take all possible measures it can reasonably be expected to bear, which are useful and necessary to achieve this goal of the execution of criminal penalty

Investigating Adolescent Violence towards Parents

Abstract

Despite its huge importance, the issue of youth-to-parent violence has received minimal attention from researchers. It is safe to say that adolescent-to-parent violence is the most under-researched form of family abuse. This paper explores the contours of the problem of adolescent to parent violence, exploring how it is defined, experienced and negotiated by parents and adolescents, and how violent assaults committed by adolescents within the home can affect parents and their wellbeing. The paper concludes that abuse of parents is a more complex form of family violence and bears more quandaries for justice than domestic violence.

I. Introduction

Despite its huge importance, the issue of youth-to-parent violence has received minimal attention from researchers. It is safe to say that adolescent-to-parent violence is the most under-researched form of family abuse. The one possible explanation for this is that the efforts to understand family violence have focused mostly on marital violence and child abuse.² Another explanation, as some researchers argue, is that parent abuse represents the darkest, most secret side of the families and violates social norms in such a manner that it is extremely difficult for society to recognize its existence.³ The hidden nature of parent abuse makes it even more problematic to conduct a research about this issue. As Holt correctly notes, "How can we find out about something that we have trouble even naming? And without a name how can others identify their experiences as such and come forward?"⁴ Whilst there is a deficiency of research on adolescent-to-parent violence, evidence suggests that parent abuse takes place in situations where there have been other forms of family violence, particularly towards mother by the male partner.⁵

This latter fact raises the issue of how adolescent-to-parent violence is related to partner violence.

The impetus of this paper, therefore, is to explore if youth-to-parent violence "may reflect an even more complex set of family dynamics and pose more quandaries to justice than partner violence."⁶ In doing so, I start my examination with the brief overview of the history of parent abuse. Then I discuss what parent abuse is and what similarities and differences can be traced in dynamics of partner violence and adolescent-to-parent violence. In the final section, I explore what difficulties parent abuse poses to justice practices. The paper concludes that parent abuse is a more complex form of family violence and bears more quandaries for justice than domestic violence. In addition, I want to clarify that throughout this paper, the terms youth and adolescent reflect an age range of 10 to 18 years.

II. A Brief Historical Overview of Youth-to-Parent Violence

As already mentioned, the issue of parent abuse is more hidden and invisible than other forms of family violence. However, it still has its short history which starts in 1979 when Harbin and Madden first noticed that "parent battering, compared to child abuse and wife abuse, had distinct intrapsychic, interpersonal, and structural dynamics."⁷ Moreover, these authors proposed a definition of parent abuse and defined it as an act comprising "actual physical assaults or verbal and non-verbal threats of physical harm".⁸ In 1982, Cornell and Gilles noted that parent battering was a "possible missing" link between spousal and child abuse.⁹ In the end of the 1980s, Agnew and Huguley conducted a research to "examine the extent, the socio demographic correlates and the causes of assaults on parents".¹⁰ They concluded that several family violence variables such as abusive friends, approval of delinquency, attachment to parents and the color (white adolescent were more likely to assault parents than blacks) were directly related to parent assault, while more traditional variables of family violence such as stress, drug use and social isolation where unrelated to parent abuse.¹¹ Brezina in his 1999 research concluded that in comparison to other form of family violence, parent abuse occurred more frequently but still this type of violence was least likely re-

¹ Head of International Relations Section at the High Council of Justice of Georgia; MA in Criminal Law, Ivane Javakishvili Tbilisi State University; MSc in Criminology and Criminal Justice, University of Oxford

² Timothy Brezina, "Teenage Violence Toward Parents as an Adaptation to Family Strain: Evidence from a National Survey of Male Adolescents" (1990) 30(4) *Youth Society* 416, 417.

³ Sesha Kethineni, "Youth-on-Parent Violence in a Central Illinois County" (2004) 2(4) *Youth Violence and Juvenile Justice* 374.

⁴ Amanda Holt, "Researching Parent Abuse: A Critical Review of the Methods" (2012) 11(2) *Social Policy and Society* 289.

⁵ Barbara Cottrell and Peter Monk, "Adolescent-to-Parent Abuse: A Qualitative Overview of Common Themes" (2004) *Journal of Family Issues* 1072-1080.

⁶ Kathleen Daly and Heather Nancarrow, "Restorative Justice and Youth Violence towards Parents" in James Ptacek (ed), *Restorative Justice and Violence against Women* (New York, Oxford: Oxford University Press 2010) 153.

⁷ Kethineni (n 3) 374 cited in Henry T Harbin and Dennis J Madden, "Battered Parents: a New Syndrome" (1979) 136 (10) *American Journal of Psychiatry*, 1288-1291.

⁸ Harbin and Madden (n 5) 1288.

⁹ Claire P Cornell and Richard J Gelles, "Adolescent to Parent Violence" (1982) 15(1) *Urban and Social Change Review* 8-14.

¹⁰ Robert Agnew and Sandra Huguley, "Adolescent Violence towards Parents" (1989) 51(3) *Journal of Marriage and Family* 699-711.

¹¹ *ibid* 710.

ported.¹² Almost similar findings had Browne and Hamilton to point out that the issue of parent battering is relatively widespread. The research conducted by these authors found that overall 14.5%, out of 469 of “students reported using violent tactics with their mother and/or father, and 3.8% of them admitted to being severely violent to one or both of their parents”.¹³

The historical overview of parent abuse is crucial as it gives us an overall image of how this form of family violence developed until 21st century. In the next paragraph, I discuss what youth-to-parent violence is.

III. What is Parent Abuse?

1. Definitional issues

“There is no single or simple definition of ‘parent abuse’, with the term variously employed to cover a wide range of different behaviours.”¹⁴ The definition proposed by Harbin and Madden, which I mentioned in the previous paragraph, though, was the first definition of parent abuse but it was too narrow a one and included only physical violence and threats of physical violence as possible form of an abuse. That is why Paterson and colleagues, based on the fact that adolescent-to-parent violence includes not only physical, but also emotional and verbal behaviors, worked out the new definition. They argued that “behaviour is considered to be violent if others in the family feel threatened, intimidated or controlled by it and if they believe that they must adjust their own behaviour to accommodate threats or anticipation of violence.”¹⁵ Cottrell and Monk define parent abuse in terms of “any actions by adolescents that are intended to cause financial, psychological, or physical harm to parents and/or stepparents.”¹⁶

As we can see from these definitions there is no consensus between researchers which meaning of parent abuse is the precise one. Moreover, the problem is “labeled in a number of ways with the terms ‘parent abuse’, ‘adolescent to parent violence’, ‘mother abuse’ and ‘youth to parent violence’; all employed to refer to this form of family violence.”¹⁷ Here, it is worth mentioning that according to Wilcox the term “violence” is more limited than the term “abuse” as it reinforces the idea that only physical violence can be considered as parent abuse and ignores

other behaviors which may take place in family relationships.¹⁸

Except for differences in terminology, we can trace some positive and common aspects that the two latest definitions have. The abovementioned researchers now agree that the definition should include verbal and emotional aspects, in order to describe the type of abusive interactions within the family accurately. Additionally, from the above definitions I can infer that parent abuse is not defined as a single act, rather it is a series of acts over time.

There are several ways how teens can abuse their parents. Physical abuse is the most visual form of abuse, which includes acts “that are intentional or perceived to be intentional” and that result in physical harm to a person.¹⁹ Examples of physical abuse include hitting, punching, shoving, breaking things, punching holes in the wall, throwing things and spitting.²⁰ Cottrell notes that parents who are physically abused are usually also emotionally abused.²¹ For clarification, it should be said that this notion of Cottrell’s is not quite right, as there exists difference between emotional abuse and emotional distress. Emotional distress is a result of a physical abuse and not emotional abuse generally.²² Examples of emotional abuse are intimidating the parent, making them fearful, lying, playing mind games, trying to make parents think that they are crazy, commit suicide or otherwise hurt themselves without really intending to do so and so on. Another type of abuse is financial abuse, which may comprise acts like stealing, borrowing without permission, demanding money and misusing parents’ belongings and so on.²³ As for sexual abuse and parricide, surely they are types of violence, but they occur rarely, compared to other forms of abuses.

2. Characteristics of perpetrators and victims

While both adolescent girls and boys engage in all forms of abuse, boys are more likely to be physically abusive and girls are more likely to be verbally and emotionally abusive towards their parents.²⁴ Boys continue to be more violent than girls are but girls at present are more violent than they have been in the past.²⁵ As for parents, mothers/stepmothers in both single and two-parent families are usually the targets of adolescent-to-parent violence.

¹² Brezina (n 1) 416-444.

¹³ Kevin D Browne and Catherine E Hamilton, “Physical Violence Between Young Adults and Their Parents: Associations with a History of Child Maltreatment” (1998) 13(1) *Journal of Family Violence* 59.

¹⁴ Caroline Hunter and Judy Nixon, “Introduction: Exploring Parent Abuse – Building Knowledge across Disciplines” (2012) 11(2) *Social Policy and Society* 211, 212.

¹⁵ Rosemary Paterson and others, “Adolescent Violence towards Parents: Maintaining Family Connections When The Going Gets Tough” (2002) 23(2) *Australian and New Zealand Journal of Family Therapy* 90.

¹⁶ Cottrell and Monk (n 4) 1080.

¹⁷ Hunter and Nixon (n 12) 212.

¹⁸ Paula Wilcox, “Is Parent Abuse a Form of Domestic Violence?” (2012) 11(2) *Social Policy and Society* 277, 278.

¹⁹ Nancy J Eckstein, “Emergent Issues in Families Experiencing Adolescent-to-Parent Abuse” (2004) 68 (4) *Western Journal of Communication* 365, 367.

²⁰ Barbara Cottrell, *When Teens Abuse Their Parents* (Nova Scotia: Fernwood Publishing 2004) 11.

²¹ *ibid* 11.

²² Eckstein (n 17) 367.

²³ Cottrell (n 18) 15.

²⁴ Natasha Bobic, “Adolescent Violence Towards Parents” (2004) Sydney: Australian Domestic and Family Violence Clearinghouse <http://www.adfvc.unsw.edu.au/pdf%20files/adolescent_violence.pdf> accessed 02 June 2015

²⁵ Cottrell (n 18) 73.

The possible explanation for this is that mothers are perceived as weak and powerless, compared to fathers who are viewed by young people as powerful, which reduces the likelihood of abuse against them. Another explanation is that youths may think that it is acceptable to control and dominate women, especially when they have witnessed spousal abuse of mothers.²⁶

There is no agreement among researchers about which specific age-groups are more abusive. For instance, according to Agnew and Huguley: "Cornell and Gelles (1982) found that age was unrelated to parent assault, although when results were examined separately by sex, they found that the rate of severe assault increased as boys aged and decreased as girls aged."²⁷ Therefore, knowing of age group is not relevant, it is more important to know when parents perceive the act of a child is threatening. Logically the more adolescents grow and become physically powerful, the more their acts are perceived as threatening.

Previous deviant behaviors, drug and alcohol use and truancy at school are also identified as characteristics of adolescent violence.²⁸ Children who do not do well academically and skip classes sometimes learn negative behavior at school. Those youth who are suspended from school are more likely to abuse their parents, possibly as a result of the conflict over the suspension.²⁹ Drug and alcohol use may lower self-control and teens may do things that they possibly would not do otherwise. If parents use drugs and alcohol, it may still cause violent act in youth, as they may feel abandoned and may get angry with parents for being emotionally absent.³⁰

According to the study conducted by Agnew and Huguley, adolescents who engage in parent abuse are less attached emotionally to their parents.³¹ Moreover, Cottrell and Monk argue that "this factor is likely related to the finding that a significant number of assaultive youth have been physically or sexually abused by their parents, or have been witnesses to wife/partner assault."³² This means that even if children themselves are not exposed to violence, the fact of witnessing this action may have negative effect on them. When they realize that after an abusive act a parent is actually victimized, they may treat them in the same manner. From the latter, we can infer that possibility exists that youth-to-parent violence may be a part of violence continuum that includes violence in a range of intimate relationships.³³

Socioeconomic status of the family is considered to be another characteristic of parent abuse. Adolescents who grow up in poor families have less opportunity to participate in activities they are interested in. Lack of opportunity may create anger and frustration in youth, which in turn causes conflicts with parents.³⁴ Conflicts may also arise because of stressful situation in the family. The result of the high levels of stress is tension and unstable environment in which parents have less energy and desire to respond to a conflict effectively.³⁵

Parenting style is one of the crucial parts of parent abuse and in most situations it is the explanation of youth-to-parent violence. Excessive control is one style of parenting, which may be effective when a child is at an early age, when it is easier to control. But more a child grows there is more need for autonomy. In many cases parents cannot adapt to these changes and they try to maintain the same level of rigid control. Therefore, the possible way out for some adolescents is the use of violence to obtain a sense of power in their lives.³⁶ In contrast to this style of parenting, overly permissive parenting may also cause abusive behavior in youth. The problem with this style of parenting is that youth eventually develops "cost/benefit analysis wherein the rewards of their negative behaviors is perceived to outweigh consequences."³⁷ As a result, the adolescent learns that violent tactics towards parents is successful measure to achieve desired outcome. In both cases we can see that problem lies in the fact that parents are ineffective to enforce discipline. Inability to enforce discipline means that parent loses control over youth. Eckstein, in her in-depth, face-to-face interviews with 20 women who experienced abusive acts from their children, found that any type of abusive behavior started with verbal abuse and then it escalated to other forms of abuse, if the parent was unable to enforce discipline. Eventually, parents considered abusive interaction with their child successful if they stopped verbal abuse from progressing to physical or emotional abuse.³⁸ One mother from the latter study precisely described this process: "Swearing was not as bad as breaking something, breaking was not as bad as hitting, hitting in the arm was not as bad as hitting in the head, using a fist was better than using a weapon."³⁹ We can infer that, once the parent cannot deal effectively with the youth in the beginning of verbal abuse, in most cases abusive action will progress to more severe types of abuse.

The feeling of guilt and remorse is one similar characteristic what partner violence and youth-to-parent violence have. In both cases, perpetrators go through "honeymoon period" in which they express extreme remorse, giving

²⁶ Nicola Kennair and David Mellor, "Parent Abuse: A Review" (2007) 38 *Child Psychiatry and Human Development* 203, 209.

²⁷ Agnew and Huguley (n 8) 701.

²⁸ Bobic (n 22) 5.

²⁹ Cottrell (n 18) 79.

³⁰ *ibid* 82-83.

³¹ Agnew and Huguley (n 8) 709.

³² Cottrell and Monk (n 4) 1073.

³³ Debra Jackson, "Broadening Constructions of Family Violence: Mothers' Perspectives of Aggression from Their Children" (2003) 8(4) *Child and Family Social Work* 321, 326.

³⁴ Cottrell and Monk (n 4) 1086.

³⁵ *ibid*.

³⁶ Cottrell and Monk (n 4) 1084.

³⁷ *ibid*.

³⁸ Eckstein (n 17) 376-378.

³⁹ *ibid* 379.

promises never to reabuse and to improve their behavior.⁴⁰ However, comparing to adults, adolescents seldom take responsibility for their actions and they blame parents for everything. Moreover, Cottrell and Monk identified more complex family dynamic than partner violence. Some abusive youth which the authors interviewed had “strong feelings of remorse for their actions but recalled that they instead projected intense anger toward their parents to compensate for this feeling of emotional vulnerability.”⁴¹ Once again, we can see how self-focused adolescents are, they rarely understand how much pain can their actions cause to parents and because of their selfishness, they will never feel fully guilty or remorseful. The latter is one of the major evidences why youth-to-parent violence reflects more complex set of family dynamics than partner violence. In the next section, I explore this issue in a more detailed way.

To conclude this paragraph, it should be said that teens who abuse their parents have a wide variety of characteristics and they come from a wide variety of families, but what they have in common is that all of them abuse their parents to get what they want and to gain control over them.

IV. Similarities and Differences between Youth-to-Parent Violence and Partner Violence

In this section, I discuss what similarities and differences do parent abuse and adult domestic violence have, which will make it clearer why adolescent-to-parent violence is a more complex form of family violence than partner violence. In doing so, first, I will briefly discuss what is adult domestic violence.

In 1970s, as a result of enormous work by feminists, domestic violence gained its place in policy agenda. Domestic violence in feminist research was defined as violence against women by husbands and male intimate partners/ex-partners.⁴² After nearly two decades, it became clear that gendered definition of domestic violence was too narrow and neglected for example same-sex domestic violence. Therefore, family violence researchers rejected gendered perspectives of feminists, adopting instead a gender blind approach.

Now that I have briefly defined what domestic violence is, I examine what similarities are there between domestic violence and parent abuse. Control and domination are central to domestic violence and they occupy a considerable part of all youth-to-parent violence cases.⁴³ Adolescents use violence against their parents to control their decisions and actions. Once they gain control over them,

it should be assumed that parental power is also taken away. The majority of victims in both types of violence are women/mothers and both involve series of acts over time, rather than a single act. Moreover, as domestic violence, parent abuse involves daily stresses which shape parents’ ability to “parent effectively.”⁴⁴ Social isolation is yet another feature common to all types of family violence. Victimized parents often avoid talking about abusive incidents because they fear to be negatively labeled and blamed, also parents may deny the problem and blame themselves for their own victimization. Furthermore, in both cases feelings of family loyalty and the fear of further consequences is a great deterring factor of keeping violence in the home as a secret from everyone.⁴⁵ Finally, these types of violence are another feature common to both adult domestic violence and youth-to-parent violence.

On the other hand, it is important to distinguish between intimate partner and parent abuse. As Peek et al. observed, “teenage violence towards parents may not be cut from the same cloth as adult-initiated family violence.”⁴⁶ The major difference is that in partner violence cases, a victimized partner has the option to leave relationship any time she/he wants, but in youth-to-parent violence cases, the parent has an ongoing responsibility to parent, thus making the option of leaving or ending the relationship inappropriate.⁴⁷ On the latter fact, it should be said that, for instance in Connecticut (US), if an adolescent is 16 or 17 years old and he/she is uncontrollable, parents can end their relationship with the abusive youth. According to Connecticut emancipation statute, “parents can ask a judge to declare the teen emancipated, giving him or her all the powers of an adult and relieving the parents of any responsibility for his or her care or actions. Courts must give the teen’s parents or guardian legal notice and order them and the teen to attend a hearing.”⁴⁸ The ground for emancipation, in this case, is “a good cause showing that emancipation is in the best interests of the minor or his or her parents or guardian.”⁴⁹ However, not all states have the same type of legislation and minor emancipation based on this ground; this type of legislation is also unknown for the UK. Moreover, this rule can be extended only for the youth who is 16 or 17 years old. So inappropriateness of leaving the relationship in youth-to-parent violence still remains as a distinguishing factor from partner violence.

Another difference is that children may be more powerful physically than victimized parents, but still parents are

⁴⁰ Cottrell (n 18) 85.

⁴¹ Cottrell and Monk (n 4) 1086.

⁴² Wilcox (n 16) 279.

⁴³ Gregory Routt and Lily Anderson, “Adolescent Aggression: Adolescent Violence towards Parents” (2011) 20 *Journal of Aggression, Maltreatment and Trauma* 1, 10.

⁴⁴ Wilcox (n 16) 282.

⁴⁵ Cottrell and Monk (n 4) 1089.

⁴⁶ Charles W Peek, Judith L Fischer and Jeannie S Kidwell, “Teenage Violence Toward Parents: A Neglected Dimension of Family Violence” (1985) 47(4) *Journal of Marriage and Family* 1051, 1057.

⁴⁷ Wilcox (n 16) 283.

⁴⁸ Susan Price, “Parental Options for Out-of-Control 16-Year-Olds” (OLR Research Report 2009) <<http://www.cga.ct.gov/2009/rpt/2009-R-0187.htm>> accessed 02 June 2015.

⁴⁹ *ibid.*

potentially more powerful in terms of access to resources.⁵⁰ In other words, unlike adult domestic violence, abusive adolescents “do not fit the typical conception of perpetrator (who is physically and socially more resourced) and parents do not fit the idea of the physically and socially vulnerable victim.”⁵¹

These differences are clear evidence why youth-to-parent violence is a more complex form of family violence than partner violence. In cases of parent abuse, the parent is not only a victim, but also a supporter of their abusive children. Parents usually blame themselves for children’s actions, because they cannot take quality control over adolescents and cannot set correct disciplinary boundaries over them. Moreover, because children were abused themselves, they adapt the status of a victim, which in turn means that parents will excuse youths’ violent acts easily. Parents still blame their partners/ex-partners who have been abusive towards children. To conclude, we see the complex character of adolescent-to-parent violence but how justice practices deal with it is another question which should be answered and I discuss this issue in the next paragraph.

V. Legal and Policy Responses to Adolescent-to-Parent Violence: The Example of the UK

I will start this section with exploring the place of adolescent-to-parent violence in youth justice system. Youth justice took central part of New Labour’s criminal justice agenda from 1997 when they came to power. Within this agenda, one of the main focuses were made on “problem families” and a “parenting deficit” as a cause of youth offending.⁵² As a result, the notion of “parental responsibility” has emerged, which is used to mean “parental accountability”, rather than “parental authority”.⁵³ Moreover, several developments in legislation held parents responsible for crimes committed by their children and one example of this is parenting order, introduced first in Crime and Disorder Act and then its use was widened in Anti-Social Behavior Act. By nature, this is a civil order, but if a parent does not comply with it without a reasonable excuse, then it is a crime.⁵⁴ It can be inferred that within the youth justice domain, adolescents are conceptualized as agents fully responsible for themselves and their actions, but still dependent on parents materially and socially. That is why within this discourse there is no place for the parent to be

constructed as a victim of child’s violence; instead the parent in most cases is seen as “failing to exercise proper parental control and therefore portrayed as irresponsible and blameworthy”.⁵⁵ This means that youth justice parenting interventions are premised on the assumption that parents can and should assert power and control over their children.⁵⁶ Such kind of assumptions are dangerous because there are cases when a parent is trying everything to gain control over a child but without result. This excerpt from Condry and Miles’s study clearly illustrates in what a terrible situation is a parent who has already received a parenting order: “I’m dead scared of being taken back to court... Everything I’ve tried, it don’t work... I’ve tried pulling him out of bed, I’ve tried splashing water on his face, I’ve dragged him out the front door with boxer shorts on and just threw his clothes at him, and nothing has worked. He’ll just lay in bed, and when he gets up, he’ll sit there wrapped in a quilt watching TV.”⁵⁷

Adolescent-to-parent violence is a gendered issue. As Condry and Miles state, “the language of youth justice is gender-neutral, it is primarily mothers who receive parenting support and who are given parenting orders.”⁵⁸ One explanation for gender imbalance is that many families where parent abuse occurs are headed by a single mother. However, another reason for this may be the perception of mothers as the guardians of family morality.⁵⁹

Another problem youth-to-parent violence poses for justice is that there is no guidance in youth justice system about how should practitioners respond to this type of violence, and for practitioners it is hard to deal with parent abuse because they face silence at a policy level. The possible reasons for policy silence may be the fact that adolescent-to-parent violence does not fit in the definition of domestic violence, which requires the perpetrator to be eighteen or over. It is also rarely considered as a form of family violence. Additionally, stigma and shame experienced by parents make them reluctant to report about parent abuse and seek help.⁶⁰ The consequence of the policy silence is that adolescents are not understood as potential offenders at home. The responsibility to control children is imposed on parents, and, as I have already mentioned, this does not allow a parent to be labeled as a victim who might be controlled or abused by youth.⁶¹

Though parent abuse is recognized by scholars of domestic violence, it received little attention from them. Furthermore, the scholars have limited knowledge and experience in how best to respond to this issue.⁶² Under current domestic violence legislation, there is one theoretical way

⁵⁰ Wilcox (n 16) 283.

⁵¹ Laurel Downey, “Adolescent Violence: A Systemic and Feminist Perspective” (1997) 8(2) Australian and New Zealand Journal of Family Therapy 70, 77.

⁵² Rachel Condry and Caroline Miles, “Adolescent to Parent Violence and Youth Justice in England and Wales” (2012) 11(2) Social Policy and Society 241, 243.

⁵³ Caroline Hunter, Judy Nixon and Sadie Parr, “Mother Abuse: A Matter of Youth Justice, Child Welfare or Domestic Violence?” (2010) 37(2) Journal of Law and Society 264, 275.

⁵⁴ Condry and Miles (n 51) 243.

⁵⁵ Hunter, Nixon and Parr (n 52) 276.

⁵⁶ Condry and Miles (n 51) 243.

⁵⁷ *ibid* 244.

⁵⁸ *ibid* 244.

⁵⁹ *ibid*.

⁶⁰ *ibid* 246.

⁶¹ *ibid*.

⁶² Hunter and Nixon (n 12) 214.

to respond to youth-to-parent violence, viz., occupation and non-molestation orders provided by the Family Law Act 1996. However, these are injunction orders, which are generally not used or usable in relation to those under eighteen years.⁶³ Once again, the problem with the domestic violence response is that parent abuse does not fall in the former's definition.

To sum up, I presented several arguments why parent abuse poses more quandaries for justice than partner violence. As we can see in this paragraph, though parent abuse is recognized by scholars, it is not recognized as a problem at a policy level. The law itself should also be considered as a part of the failure to construct youth-to-parent violence as a problem which needs to be answered.⁶⁴ A legal framework of this problem is certainly needed because without it, it is unlikely that relevant statutory agencies will develop clear policies and procedures to address parent abuse. I examined different policy realms and it is obvious that in each case, it is difficult to draw a line between perpetrator and victim. In addition, every policy has its own construction of perpetrator and victim and parent abuse does not fit in them.

VI. Conclusion

Throughout this paper, I demonstrated several examples which gave us an opportunity to infer that youth-to-parent violence reflects a more complex set of family dynamics and poses more quandaries for justice than partner violence. Responding to violence at home is not a straightforward or an easy task to do, because, as Downey puts it, "violence in families is often recursive: it is 'mutually shaping', not linear or a cause – effect relationship' ".⁶⁵ This in turn poses problems for justice as responsibility for a violent act may be diffused. In a complex cycle of family violence, it frequently appears that youth are not only perpetrators of parent abuse but also victims. To add to this, abused parents usually blame themselves for adolescents' violence towards them and it makes extremely difficult for the justice system to respond to this issue as responsibility for action is shifted away from the perpetrator. It is worth adding here that the silence of policy makers and family members, who feel extremely stigmatized by dominant bad parent label, poses another problem for justice. With comparison to intimate partner violence, there is a lack of knowledge about parent abuse. Also, this issue is not recognized widely in the policy domain and this in turn is a reason why there are only a few ineffective services (i.e., court orders) proposed within the criminal justice system to deal with parent abuse. Finally, I want to emphasize that the first possible step to deal with youth-to-parent

violence should be the acknowledgment of the existence of the problem and then it will be much easier for different justice practices to respond to this issue effectively.

⁶³ Caroline Hunter and Christine Piper, "Parent Abuse: Can Law Be the Answer?" (2012) 11(2) *Social Policy and Society* 217, 222.

⁶⁴ Hunter, Nixon and Parr (n 52) 283.

⁶⁵ *ibid* 76.

Norbert Bernsdorff¹

Report on the Practice of the European Court of Human Rights on Individual Complaints against Azerbaijan, Armenia And Georgia in 2014

(Reporting Period:
01.01.2014 – 31.12.2014)

This report is a follow up to the previous report on judicial practice in the fifth edition of the South Caucasus Law Journal (N 05/2014 for the reporting period of 01.01.2013 – 31.12.2013). The purpose of this report is to give a brief review on the judgments of the European Court of Human Rights that were rendered in relation to the Treaty Member States, in particular in respect to Azerbaijan, Armenia and Georgia for the period of 01.01.2014 – 31.12.2014, on the basis of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Only those judgments are taken into consideration in which the European Court of Human Rights found the individual complaint admissible and rendered a judgment holding that a specific norm of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms or its Protocols has been violated. This report does not review those decisions in which the European Court found the individual complaints of citizens inadmissible or the cases that have been struck out of the list of the Registry of the European Court of Human Rights. Judgments of the European Court of Human Rights in English and French languages are available at www.echr.coe.int.-case-law-hudoc.

For comparison, the following data is presented: for this period, the European Court of Human Rights has rendered 15 judgments against Germany, including 12 judgments on merits; 46 judgments against France, including 33 judgments on merits; and 33 judgments against Great Britain, including 12 judgments on merits.

1. For the period of 01.01.2014 – 31.12.2014, the European Court of Human Rights found violation of the Convention by the Armenian authorities/competent bodies in four cases.

In the above-mentioned judgments on merits, mainly violations of Article 1 (“Protection of Property”) of Protocol

№1 and Article 5 (“Right to Liberty and Security”) of the Convention have been found.

Case of Minasyan v. Armenia (Judgment of 08.04.2014, case № 44837/08)

The applicant, Vardan Minasyan, is an Armenian national who was born in 1974 and lives in Yerevan. The case concerned the detention used against the applicant for his involvement in a shootout on 18 December 2007. His pre-trial detention was extended on seven occasions until he was convicted and sentenced to three years' imprisonment on 8 May 2009 for attempted murder.

The European Court of Human Rights found that Article 5 (“Right to Liberty and Security”) of the Convention has been violated for the period of October 7-15, 2008 and obliged Armenia to pay a compensation of 6000 Euros for non-pecuniary damage. This judgment has not come into force yet.

Case of Ghasabyan and Others v. Armenia (Judgment of 13.11.2014, case № 23566/05)

Violation of Article 1 of Protocol 1 (“Protection of Property – Deprivation of Property”) of the Convention

Case of Baghdasaryan and Zarikyants v. Armenia (Judgment of 13.11.2014, case № 43242/05)

Violation of Article 1 of Protocol 1 (“Protection of Property – Deprivation of Property”) of the Convention

Case of Gharibyan and Others v. Armenia (Judgment of 13.11.2014, case № 19940/05)

Violation of Article 1 of Protocol 1 (“Protection of Property – Deprivation of Property”) of the Convention

2. For the period of 01.01.2014 – 31.12.2014, the European Court of Human Rights found violation of the Convention by the Azerbaijan authorities in seven cases. In five cases, the complaints were found inadmissible (Cases № 12535/06, 58904/08, 15172/13, 46903/07, and 27473/07) and in three cases the applications have been struck out of the list of the Registry (Cases № 14690/08, 24685/08, and 814/13).

In the above-mentioned judgments on merits, mainly violations of Article 3 (“Prohibition of inhuman or degrading treatment”), Paragraph 1 of Article 6 (“Right to a Fair Trial”)

¹ The author is a judge at the Federal Social Court in Kassel, Germany, which is a third judicial instance for social disputes. Dr. Bernsdorff is also the Chief Editor of this journal.

and Article 11 (“Freedom of Assembly and Association”) of the Convention have been found.

**Case of Novruz Ismayilov v. Azerbaijan
(Judgment of 20.02.2014, case № 16794/05)**

Violation of Article 5 (“Right to Liberty and Security”) of the Convention

**Case of Zahidov v. Azerbaijan
(Judgment of 20.02.2014, case № 11948/08)**

Violation of Article 5 (“Right to Liberty and Security”) of the Convention

**Case of Allahverdiyev v. Azerbaijan
(Judgment of 06.03.2014, case № 49192/08)**

Violation of Article 5 (“Right to Liberty and Security”) of the Convention

**Case of Layidjov v. Azerbaijan
(Judgment of 10.04.2014, case № 22062/07)**

Violation of Article 3 (“Prohibition of Torture”) of the Convention

**Case of Jannatov v. Azerbaijan
(Judgment of 31.07.2014, case № 32132/07)**

No Violation of Article 3 (“Prohibition of Torture”) of the Convention

**Case of Tershiyev v. Azerbaijan
(Judgment of 31.07.2014, case № 10226/13)**

No Violation of Article 3 (“Prohibition of Torture”) of the Convention

**Case of Aliyeva and Aliyev v. Azerbaijan
(Judgment of 31.07.2014, case № 35587/08)**

Violation of Article 2 (“Right to Life”) of the Convention

**Case of Islam-Ittihad Association and Others v. Azerbaijan
(Judgment of 13.11.2014, case № 5548/05)**

The applicants represent the Islam-Ittihad Association, situated in Baku. Azar Samadov and Ilgar Allahverdiyev are the chairmen and the members of the management board. This NGO was active between the period of 1991 and 2003. Main activities of this organization were repairing and reconstruction of mosques, as well as projects aimed at the protection of human rights. The case concerned the compulsory liquidation of the NGO because of religious

activities that did not comply with legal requirements. After three ministerial requests to liquidate the NGO, the latter was liquidated by a court in July of 2004.

The European Court of Human Rights found a violation of Article 11 of the Convention (“Freedom of Assembly and Association”) and obliged Azerbaijan to pay 4000 Euros as compensation for non-pecuniary damage and 2000 Euros for additional costs and expenses. The judgment was delivered by the Grand Chamber.

**Case of Efendiyev v. Azerbaijan
(Judgment of 18.12.2014, case №27304/07)**

Violation of Article 6 (“Right to a Fair Trial”) of the Convention

3. For the period of 01.01.2014 – 31.12.2014, the European Court of Human Rights found violation of the Convention by the Georgian authorities only in one case. In eight cases, the applications were struck out of the list of the Registry or were found inadmissible (Cases №19882/07, 5358/14, 57990/10, 19312/07, and 2228/10).

In the above-mentioned judgment, mainly violations of Article 3 (“Prohibition of Inhuman or Degrading Treatment”) and Article 9 (“Freedom of Thought, Conscience and Religion”) of the Convention have been found.

**Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia
(Judgment of 29.04.2014, case № 9043/05)**

No Violation of Article 6 (“Right to a Fair Trial”) of the Convention

**Case of Ashlarba v. Georgia
(Judgment of 15.07.2014, case № 45554/08)**

The proceedings concerned the precision and foreseeability of the *corpus delicti* of crimes that were incorporated, in 2005, in the Criminal Procedure Code of Georgia as Article 223¹ with the aim of fighting against organized thievery and criminality. The applicant, who was born in 1956 and lived in Angisa (Ajarian Autonomous Republic), stated that the terms “thieves’ underworld” and “thief in law” (equivalent to the rank of “Godfather” in the Italian mafia) were not formulated precisely enough in order to foresee which concrete methods of activities were punishable.

The European Court of Human Rights found a violation of Article 7 of the Convention (No punishment without law).

**Case of Begheluri and Others v. Georgia
(Judgment of 07.10.2014, case № 28490/02)**

Violation of Article 3 (“Prohibition of Inhuman or Degrading Treatment – Prohibition of Torture”) and Article 9 (“Freedom of Thought, Conscience and Religion”) of the Convention.

Execution of Justice in Domestic Violence Cases (Review of Court Practice in 2015)

Summary

In 2014, the rate of female mortality as a result of domestic violence reached alarming levels (According to official data, 17 women have died as a result of domestic violence), which once again raises concerns about the effectiveness and adequacy of the mechanisms for fighting domestic violence, and the necessity to revise or make the existing state policy in this regard even stricter.

Considering the complex nature of the fight against domestic violence, the present article shall only address penal mechanisms and analysis of court practices in this regard. The article first discusses the stages of criminalization of domestic violence and significant elements of its legal qualification. Moreover, district court practices on core tendencies of domestic violence, adoption of preventive measures against defendants in domestic violence cases, and imposition of punishment upon domestic violence offenders shall be analyzed, covering a period of six months in 2015. This article consists of four chapters and a conclusion, which shall address challenges to the court practice and relevant recommendations.

“But when a man torments, disrespects and cheats on his wife, The King shall tie, scold and mistreat such man.”

Law of Prince Vakhtang-Almaskhan of Georgia,
18th century²

I. Criminalization of Domestic Violence

On 12 June 2012, amendments were made to the Criminal Code of Georgia (hereinafter – “CCoG”) and article 126¹ was added to the Code, which criminalized domestic violence. With this legislative amendment, Georgian government emphasized the unfortunate need to tackle domestic violence with penal mechanisms. Even though the primary objective of the present article is to review court practice regarding cases qualified under Article 126¹ of the CCoG, it would be reasonable to provide legal analysis of the mentioned Article.

According to Article 126¹ of the CCoG, domestic violence means violent acts, systematic abuse, blackmailing or degrading treatment conducted by one family member against another, which causes physical pain or suffering and which does not entail the outcome provided for in Articles 117 (intentional severe health damage) or 120 of the CCoG (intentional minor health damage). Thus, the article on domestic violence combines two actions, each of which separately constitutes an offence: 1. Physical abuse of one family member by another; and 2. Psychological abuse of one family member by another.

The first sentence of part 1 of Article 126¹ of the CCoG, which provides the following: “the violent act committed by one family member against another” causing physical pain, must be understood as a violent act of physical nature, which has not caused severe, less severe or minor health damage (health disorder for a short period of time). Criminal conduct envisaged by Article 126¹ of the CCoG (in the context of physical violence) constitutes a special composition of Article 125 of the CCoG (beating), when one family member resorts to physical violence against another family member. Thus, if there is a case of beating or other form of physical violence conducted by one family member against another and the level of bodily injuries suffered are not severe enough to be qualified as a graver crime, that conduct shall be qualified under Article 126¹ of the CCoG, not the Article 125.

Considering the widespread nature of domestic violence, it was necessary to criminalize even minor violent acts. To this end, the law criminalized even a single violent act conducted by one family member against another. In case the violence against one family member by another has a systematic character (e.g., more than two cases of beating), criminal conduct goes beyond the framework of Article 126¹ of the CCoG and must be qualified under Article 126 of the CCoG (violence), which envisages even stricter sanctions.

The second significant and innovational step, undertaken through this legislative amendment, is the criminalization of psychological abuse carried out against one family member by another. According to this amendment, psychological abuse must take place through an insult, blackmail and/or humiliation and must have systematic character. Insult, blackmail and/or humiliation – these actions may be conducted separately or simultaneously. The common characteristics of all three actions are regularity and result in ‘suffering’, i.e., non-pecuniary damage. It is worth mentioning that regularity (for the purposes of Article 126¹ of the CCoG) is only a characteristic of psychological abuse. Herewith, if there is a single but severe case of degrading treatment, based on the nature of the action and gravity of the result, that conduct may be qualified under Article 144³ of the CCoG, which provides for liability for degrading or inhuman treatment.

¹ Doctoral student of the Faculty of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Head of Division of Human Rights Protection, Chief Prosecutor’s Office of Georgia.

² Editor Isidore Dolidze, *Georgian Legal Monuments*, Publishing House of the USSR’s Academy of Sciences, 1963, p. 498.

It is also important to address sanctions envisaged by Article 126¹ of the CCoG, namely to discuss what kind of punitive measures are provided by the law, since the existing trends of sentencing individuals responsible for domestic violence shall be analyzed in the second chapter of this article.

It is worth mentioning that sanctions envisaged by Article 126¹ of the CCoG in its initial wording were less restrictive; however, it was made stricter by the legislative amendments of 18 February 2015. According to the wording that existed by 12 June 2012, part 1 of Article 126¹ of the CCoG only envisaged community work for a term of 80 to 150 hours as a penalty. Part 2 of Article 126¹ of the CCoG, which regarded domestic violence as conducted: a) against a pregnant woman, minor or a person being in a helpless condition; b) in the presence of a minor against his or her family member; c) against two or more persons; d) by a group of individuals; and e) repeatedly, as an aggravating circumstance, envisaged community work for a term of 100 to 200 hours, as well as restriction of freedom up to one year or imprisonment up to one year, as a sanction. We may assume that by imposing these types of sanctions, which are less restrictive, the lawmakers intended to give a preventive character to the criminalization of domestic violence, along with facilitating detection of crime and preservation of families. However, the increased number of domestic violence cases³ pushed the Government to adopt a stricter criminal policy. Accordingly, by the amendments made to the CCoG on 18 February 2015, sanctions became stricter for both first and second parts of Article 126¹ of the CCoG. More specifically, current wording of part one of Article 126¹ of the CCoG envisages community work for a term of 80 to 150 hours or imprisonment up to one year as a punishment, while part 2 of the mentioned Article envisages community work for a term of 200 to 400 hours or imprisonment for a term of one to three years.

The state's policy to not use "fine" as a punishment for domestic violence cases is a positive development. Specifically, none of the wordings of Article 126¹ of the CCoG envisages fine as a penalty, which emphasizes the will of the legislature to not impose financial burden upon already affected family members, despite the individual character of the punishment. However, despite this approach, Article 42 of the CCoG, which provides the general rule of imposing fine, empowers the court to use fine as an additional punishment, along with the main punishment. In order to eliminate such court practices, a legislative amendment was made on 28 February 2015, through which a clear indication was made in part 5 of Article 42 of the CCoG. As a result, the fine shall be awarded as an additional punish-

ment even in those cases when this is not envisaged by the relevant Article, except for those cases falling under Article 126¹ of the CCoG.

Another significant legislative amendment related to the enacting of article 126¹ of the CCoG is the extended definition of family members for the purposes of this Article. Specifically, family members are considered to be: 1. individuals with family ties: spouse, mother, father, grandfather, grandmother, child (stepchild), foster child, adoptive parent, spouse of the foster parent, adopted child, foster family (foster mother, foster father), guardian, grandchild, sister, brother, parents of the spouse, son in law, daughter in law, and ex-spouse; and 2. Individuals who constantly keep or kept joint household.

"Persons who constantly keep or kept joint household" constitutes a novelty to the CCoG and implies cohabitation of two persons during a specific period of time, when they jointly kept household, i.e., lived as one family, shared household work and/or shared expenses in order to keep a common household. Persons living in an unregistered marriage, as well as persons who do not meet the criteria for being in an unregistered marriage, but are partners, including same sex couples, lived together for a specific period and kept a common household, fall under this category. Thus, persons with blood ties as well as persons with joint household are considered family members to each other. For the purposes of correct interpretation of the note of this Article, it is worth noting that persons with blood ties are not obliged to live together or keep joint household (for instance, if an offender is a child and the victim is a father, they are considered family members in spite of their living together and joint household).

II. Main Trends of Domestic Violence According to Court Practice

As indicated in the previous chapter, Article 126¹ of the CCoG criminalizes not only the physical, but also psychological violence perpetrated by one family member against another. For the purposes of this article, almost 50 domestic violence cases covering a six-month period in 2015, in which guilty sentences were passed by district courts located in eastern and western parts of Georgia, were assessed. Our assessment makes it clear that 99% of incidents are related to physical violence by one family member against another, which mostly includes beating with limbs or in extreme cases certain objects such as a piece of firewood or home appliances. It is regrettable that the prosecuting body did not put emphasis on psychological violence during the investigation and did not collect relevant evidence. Correspondingly, court judgments also relate to physical violence only.

The exemplary exception is the sentence of District Court of Akhaltsikhe against A.B., dated on 27 February 2015. A.B. was charged with systematically verbally abus-

³ Annual Report of the Public Defender of Georgia, The Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia, 2014, pp. 669-685 [available at: <http://ombudsman.ge/ge/reports/saparlameto-angarishebi> 14.07.2015]

ing, using foul language, degrading and proposing unacceptable actions to his grandchild's spouse, because of which the victim has suffered. A.B.'s action was qualified under part 1 of Article 126¹ of the CCoG and was sentenced accordingly.⁴

Thus, the present judgment is an obvious example of the fact that psychological abuse is not only equal to physical abuse, but also can cause much grave damage to one's health and adequate legislative fight against such cases is as significant as the fight against physical abuse.

III. Court Practice on the Application of Preventive Measures Against Defendants in Domestic Violence Cases

In order to generalize court practice on the application of preventive measures against defendants in domestic violence cases, around 100 district court rulings (including district courts of: Tbilisi, Kutaisi, Rustavi, Zugdidi, Batumi, Akhaltsikhe, Telavi, Khashuri, Gori, Bolnisi, Poti, etc.) on the application of preventive measures were analyzed, covering a six-month period in 2015. Before discussing the results of the analysis, it is reasonable to perform a short review of the essence of preventive measures, their aim and types.

Preventive measures constitute a part of criminal procedural institution of enforcement, which has a special significance in criminal procedural law. "The aim of the application of preventive measures, on the one hand, is to ensure due behavior of the defendant, and, on the other, to eradicate the hindrances of criminal investigation and court settlement of the case."⁵ According to Article 198 of the Criminal Procedure Code of Georgia (hereinafter – "CPC"), the aim of the preventive measures is to ensure a defendant's appearance in court, prevent his/her further criminal activities and ensure the execution of court judgment. Along with the aim of preventive measures, there should also be a legal ground for taking these measures, namely, probable cause must be established that the defendant will flee, may not appear in court, may destroy information of great importance for criminal case or engage in another criminal activity.

According to Article 199 of the CPC, types of preventive measures are: bail, transference of the juvenile defendant under supervision, agreements of residence and due conduct, personal guarantees, supervision of the conduct of a military serviceman by commanders-in-chief, and detention.

An important original feature of the CCoG is that courts may use restrictive measures against defendants along with preventive measures. Such restrictive measures

may include: ban to exercise certain professional or other activities; obligation to appear in and report to the court, police station, or other state institutions on a daily basis or other stipulated frequency; electronic monitoring; obligation to be at a certain place at a certain time; obligation to not leave or enter a certain place; restriction to meet certain persons without a special authorization; obligation to submit passport or other identification document, etc. The court is authorized to impose any other measure upon a defendant that is necessary to reach the objective of the preventive measure applied. The law makes a special declaration with regard to defendants charged with domestic violence, stating that those persons, against whom the prosecution is ongoing, may be subjected to certain restrictions, for instance, not to enter a certain location or to approach the victim.

According to the general rule, when applying preventive measures, the court should take into consideration a range of circumstances that can back up the appropriateness of the preventive measure used. The law demands that when imposing a certain type of preventive measure, the court should take into account the personality of the defendant, his/her activities, age, health, family and financial conditions, cases of violation of restrictive measures imposed previously, previous convictions, his/her readiness to compensate damages, cooperation with the investigative body, and any other relevant circumstance.

As already mentioned above, in order to generalize court practices on the application of preventive measures against defendants in domestic violence cases, rulings covering a six-month period in 2015 of district courts, located in eastern and western parts of Georgia, on the application of preventive measures were analyzed. As a result, the following trends were identified:

1. In most of the cases, district courts use bail as a preventive measure. Normally, bail is set between GEL 1000 and GEL 5000. While setting a bail amount, the court takes into consideration the defendant's family ties, personal and financial conditions, as well as nature and gravity of the offence committed. Even though the gravity of an offence is not the decisive argument upon which the court may decide to apply a more restrictive preventive measure, but the nature of an offence, and victim identity (e.g., juvenile victim) are the circumstances that aggravate a person's guilt. Court practice illustrates that courts do not give any importance to whether a person is charged under paragraph 1 or 2 of Article 126¹ of the CCoG. For instance, by the ruling of the District Court of Gurjaani, dated on 26 February 2015, the amount of bail was set at GEL 1000 as a preventive measure against M.K., who was charged under part 1 of Article 126¹ of the CCoG. Since the defendant and victim had family ties, there was a possibility

⁴ Judgment of the District Court of Akhaltsikhe, #1/043-15, dated on 27 February 2015.

⁵ Editor Mikheil Mamniashvili, *Criminal Procedure Code of Georgia*, private part, publishing house "World of Lawyers", 2013, p.183.

of continuation of criminal activity.⁶ By the ruling of the District Court of Tbilisi, dated on 16 April 2015, P.TS., who was divorced and was an employee of the LEPL Security Police, which made it his/her direct obligation to obey the law, was awarded bail, also set at GEL 1000, after being convicted under subparagraph “b” of the part 2 of Article 126¹ of the CCoG (in the presence of a minor).⁷ The Court’s decision to set bail at a higher amount is typically related to the fact that the defendant has already been convicted for intentional or violent crime, in other words, it is related to the person’s inclination to be engaged in criminal activity.⁸

2. Courts very rarely use agreement of residence and due conduct as a preventive measure. In such cases, the courts take into account a defendant’s readiness to appear before the investigative body at any time, as well as the circumstance that the imputed offense is not punishable by imprisonment for more than one year.⁹ In certain cases, the courts substantiate the use of less restrictive preventive measure with the fact that the defendant and victim have reconciled and the conflict between them is resolved.¹⁰
3. As indicated above, along with the application of main types of preventive measures, courts may as well use additional restrictive measures. However, it should be regretfully noted that these types of measures, that would be an additional guarantee to secure victims from further violent activities, were not indicated in the analyzed rulings.
4. The use of imprisonment as a preventive measure in domestic violence cases is an exception, as imprisonment is the strictest among such measures, which, according to the existing practice, is normally used against defendants accused of committing grave or particularly grave offences. According to the requirements of CPC, imprisonment should be a measure of last resort when the purposes of preventive measures cannot be achieved by other less restrictive measures. “Imprisonment is not intended to be a punishment for the defendant, as the punishment is only prescribed after a person is found guilty when the court renders a judgment of conviction.”¹¹ Imprisonment is the mean of ensuring that the defendant will not flee, will not hinder the exercise of

justice or collection of evidence, and will not engage in further criminal activity. The District Court of Bolnisi used the following arguments in order to justify the use of imprisonment as a mean of preventive measure against A.B., who was charged under part 1 of Article 126¹ of the CCoG: a) there is a conflict and tense relationship between spouses, which is even more intensified by A.B.’s inebriation. As A.B. frequently uses alcohol, there is a possibility that he/she may engage in another violent activity; b) A.B. lives in his/her injured spouse’s house, which makes it a possibility that a dispute will arise and the defendant will commit another crime; and c) the defendant is accused of committing such a grave offence, which poses a serious threat to health and public security. The fact that the Court emphasized that the number of domestic violence cases has grown across the country, as well as within the district, that domestic violence highly endangers public society, is widely welcomed.¹² Thus, in case proper grounds exist, a court may, upon necessity, impose preventive imprisonment upon an abuser as the only measure at its disposal to control his/her future behavior, despite the fact that Article 126¹ of the CCoG constitutes a less grave crime given the sanction provided by the Article.

IV. Court Practice on Determining a Penalty for the Offenders Convicted of Domestic Violence

Types and level of penalty provided by the CCoG for domestic violence offences were addressed in the first part of the present article. In this part we shall review the punishments imposed by the district courts, located in eastern and western parts of Georgia, after passing guilty sentences against almost 50 domestic violence offenders, covering a six-month period in 2015. Under Article 53 of the CCoG, when imposing a punishment upon a convict, the court takes into consideration the aggravating and mitigating circumstances, namely, motive and aim of crime, criminal intent (“mens rea”), nature and scope of infringement of obligations, type and mean of action and its unlawful outcome, past life of the offender, his/her personal and financial conditions, as well as behavior after committing criminal act, especially his/her readiness to compensate for damages, and to reconcile with the victim.

Generally, the court shall impose such type and level of penalty against the offender that will in the future become a ground for his/her safe social integration and will be thought-provoking for the defendant so that he/she can better understand the wrongfulness of the committed action, public danger it posed, the degree to which it is con-

⁶ Ruling of the District Court of Gurjaani, #10d/48-15, dated 26 February 2015.

⁷ Ruling of the District Court of Tbilisi, Chamber of Criminal Cases, #10d/1667, dated 16 April 2015.

⁸ Ruling of the District Court of Tbilisi, Chamber of Criminal Cases, #10d/1928, dated 1 May 2015, L.K., who was previously convicted for the particularly grave crime against life, was sentenced by part 1 of Article 126¹ of the CCoG, and bail was set at GEL 5000.

⁹ Ruling of the District Court of Signagi, #10d-17-15, dated on 5 February 2015.

¹⁰ Ruling of the District Court of Akhalkalaki, #10/d-4-15, dated on February 4, 2015.

¹¹ See *supra* note 4, p. 193.

¹² Ruling of the District Court of Bolnisi, #10/a-4-15, dated 25 May 2015.

demned, gravity of outcomes, and lastly the mentioned punishment should also decrease the risk of committing another crime by the offender, which in itself shall facilitate the restoration of justice.

Based on the analysis of court decisions, the following practice was revealed:

Courts mostly impose community work as a punishment upon persons charged under part 1 and 2 of Article 126¹ of the CCoG. However, the methodology of defining hours for community work is unclear. For instance, the District Court of Akhalkalaki imposed 150 hours of community work as a punishment upon a convict under part 2 of Article 126¹ of the CCoG.¹³ The same type and level of penalty was applied by the District Court of Khashuri against a convict under part 1 of Article 126¹ of the CCoG.¹⁴ In certain instances, the courts discuss the perils of using softer sanctions as it may create a sense of impunity.¹⁵ However, even when the legislation provides for the possibility to use imprisonment as punishment, softer penalty such as community work is still prioritized. Imprisonment as a type of penalty was only used against a person convicted of premeditated offence¹⁶ and also against persons who committed repeated domestic violence.¹⁷ Thus, domestic violence is one of the widespread types of violence and correspondingly state policy in the combat against named offence has become stricter, which is supported by the amendments made to Article 126¹ of the CCoG with regard to its sanctions. Trends of imposed sentences by courts, on the other hand, indicate that the courts' attitude towards offenders stays comparatively soft.

V. Conclusion

The addition of Article 126¹ to the CCoG is unequivocally a positive step. Criminalization of physical as well as psychological violence as a type of domestic violence is indeed a step forward in the fight by the state against this widespread phenomenon; however, only legislative amendments in this regard is not enough. The law needs to be administrated and implemented into practice. The assessment of court decisions stressed the following tendencies that are desirable to be improved:

- a. Investigative bodies and courts give more emphasis to incidents of physical violence while instances of psychological violence are not paid appropriate attention. In case psychological violence, along with physical violence, by one family member against

another was revealed during the examination of evidence at the court hearing, the court is recommended to discuss this issue as well; especially when this is not going to change or aggravate the qualification of the crime.

- b. The court is entitled to use additional restrictive measures provided by the CPC, along with major preventive measures. However, the court rulings that were analyzed reveal that court practice in applying these measures is limited. It is desirable that the courts more actively use additional restrictive measures, since usage of these measures will create additional guarantees for the protection of victims from further violence. The role of the usage of these measures increases when courts impose bail, agreement of residence, and due conduct as preventive measures upon defendants in domestic violence cases. Here-with, it is important that courts do not refuse to impose imprisonment as a restrictive measure upon relevant grounds, only because the incriminated action constitutes a less grave offence under article 126¹ of the CCoG. Since domestic violence has increased throughout Georgia, it poses significant threat to society and this should be taken into consideration by courts when passing a sentence upon such cases.
- c. Lastly, as already mentioned above, criminal conduct under Article 126¹ of the CCoG is a less grave offence and entails corresponding sanctions. However, amendments made to the CCoG on 18 February 2015, make the sanctions stricter. That both parts of the mentioned Article also provide imprisonment as a type of punishment underlines the intent of the state to adopt a stricter criminal policy against this excessive crime. However, as the analysis of court decisions revealed, in most of the cases courts prefer to use less restrictive sanctions. Yet, the courts' liberal, although lawful, attitude towards offenders may facilitate the creation of a sense of impunity.

¹³ Judgment of the Regional Court of Akhalkalaki, #1/5-2015, dated 9 February 2015.

¹⁴ Judgment of the Regional Court of khashuri, #1/47-2015, dated 4 April 2015.

¹⁵ Judgment of the Regional Court of Tbilisi, #1/67-15, dated 11 February 2015.

¹⁶ Judgment of the Regional Court of Bolnisi, #1/66-15, dated 22 May 2015.

¹⁷ Judgment of the Regional Court of Akhaltsikhe, #1/035-15, dated 27 February 2015.

The Legal Safeguards of the Protection of the Right to Property in the Case Law of the Constitutional Court of the Republic of Armenia

I. Introduction

The Articles 8 and 31 of the RA Constitution guarantee the right to property as a fundamental human right. Many issues have been arisen in relation to the protection of the right to property, which have become the object of constitutional justice. The Constitutional Court of the Republic of Armenia, in the course of its 20 year old activities, has developed a rich case law on the mechanisms necessary for the protection of the right to property, on the forms of lawful interference with the right to property, as well as on the unlawful interference with the right to property.

II. The Institution of the Right to Property in the Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Armenia

In relation to the right to property, the Constitutional Court has expressed fundamental legal positions in the following decisions: DCC-630, DCC-649, DCC-650, DCC-667, DCC-741, DCC-815, DCC-901, DCC-903, DCC-944, DCC-983, DCC-1009, DCC-1056, DCC-1073, DCC-1102, DCC-1140, DCC-1142, DCC-1153, DCC-1167, and DCC-1210.

In the Republic of Armenia (hereinafter “RA”), within the framework of constitutional justice, the evolution of the right to property was mainly revolving around the following issues, in particular, the expropriation of property for the state and public needs, the grounds for the waiver and establishment of the right to property, the issues of the deprivation of property, the limitation of the right to property, and the content of the right to property.

III. The Trends of the Development of the Right to Property within the Legal Positions of the Constitutional Court of RA

In the Republic of Armenia, after the constitutional reforms in 2005, the first issue that was discussed in the Constitutional Court concerning the right to property was the institution of expropriation of property defined in the 3rd paragraph of Article 31 of the Constitution. In the decision

DCC-630², the Constitutional Court has expressed fundamental legal positions in relation to the forms of interference with the right to property, deprivation and mandatory expropriation of property. The Constitutional Court has particularly mentioned that, “According to the 1st paragraph of Article 31, everyone shall have the right, at his discretion, to own, use, dispose of, and bequeath his property.” Article 43 of the Constitution does not regard the right to property as a right limited on the grounds of that article. There exists the particular case of limitation of rights when the Constitution determines the criteria and the borders of limitation of the given right without reserving it even for the legislature. It may, first of all, be implemented in the cases prescribed by law exclusively through judicial procedure of deprivation of the property as a mandatory action deriving from liability. Secondly, “expropriation of property”, which is significantly different from the concept of “deprivation of property” must be implemented according to the grounds of the 3rd paragraph of Article 31 of the Constitution.

According to the constitutional legal content of the 3rd paragraph of Article 31, the Constitution envisages the possibility to limit the owner’s right to property by means of mandatory expropriation of property. The latter can be realized only in case of public and state need, which must be concrete and clearly expressed in relation to certain property, and which must be taken into consideration and satisfied by the state when exercising its functions. However, every public and state need cannot be considered as a ground for the expropriation of property; those needs must be exclusive and conditioned by prevailing public interest. The procedure for expropriation of property must be defined by law (such wording was included as a result of the constitutional amendments of 27 November 2005. Moreover, it leaves at the discretion of the legislature to determine for each specific case which body will be competent, in the procedure prescribed by law, to perform mandatory expropriation of property); in case of expropriation of property, prior compensation must be guaranteed and adequate compensation must be given.

The stipulation of the exceptional cases of prevailing public interests among these constitutional requirements is, on the one hand, to safeguard the protection of the right to property, as otherwise the expropriation of property will be considered unconstitutional, and on the other hand, limit the possibility of the state using the expropriated property for other purposes.

The state shall have to define by law the procedure of mandatory expropriation of property for public and state needs, which shall guarantee the right of the owner to know in advance the reason of compulsory interference with his/her right to property and the specific needs which caused the expropriation of property. In all cases, interfer-

¹ Ph.D. in Law, Senior Specialist in the Expertise-Analytic Division of the Legal Advisory Department of the RA Constitutional Court

² The RA Constitutional Court, DCC-630, 18 April 2006, <http://con-court.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

ence with the right to freely use one's property supposes fair balance between the prevailing public interest and the need to ensure human fundamental rights.

In the decisions DCC-650³ and DCC-667⁴, the Constitutional Court examined the issues concerning renunciation of property and stated that the regulation prescribed in the 2nd paragraph of Article 280 of the RA Civil code ("Renunciation of the right to property does not entail the termination of the rights and duties of the owner with respect to the relevant property until another person acquires the right to the property in question.") constitutes a means of guarantee of the right to property stipulated in Articles 8 and 31 of the RA Constitution in cases where one renounces the right to property, but the right to property with respect to the relevant property is not yet acquired by another person. On the grounds of the 2nd paragraph of Article 280 of the RA Civil code, not only the need of continuity of the right to property is highlighted but also the duties of the owner concerning the exercise of the right to property.

The Constitutional Court referred to the grounds of acquiring the right to property in the decision DCC-667 stating that the limitation period of the acquisition is classified as one of the ways of acquiring the right to property. On the grounds of the limitation period of acquisition, the acquiring of the right to property with respect to immovable property requires in good faith, explicit, continuous, long-term disposition of the property as one's own property. These prerequisites exclude the possibility of acquiring the property of another person as one's own property, the holder of which disposes and uses it, particularly based on the lease and storage or other contracts, even if in good faith, explicitly, continuously, on long-term basis but with the acknowledgment of his/her contractual obligations considering it as someone else's property and without disposing it as his/her own property.

In the decision DCC-741⁵, the Constitutional Court specified the subject of the right to property, particularly pointing out that the protection of the right to property guaranteed by Article 31 of the Constitution is provided to those persons whose right to property is already recognized in accordance with the procedure defined by law or who have legal expectations concerning the acquisition of the right to property.

For the execution of the decision DCC-630, where the Constitutional Court recognized the regulations of the RA Civil Code and Land Code concerning the expropriation of property for public and state need to be in contravention with the Constitution, the Constitutional Court stated that the RA National Assembly and the RA Government must within the shortest possible terms amend numerous

legal acts concerning the issue being examined in compliance with the requirements of the RA Constitution and the decisions of the Constitutional Court, and clearly regulate by law the legal regime of expropriation of property for the state and public needs conditioned by the exceptional cases of prevailing public interest. On November 27 of 2006, the National Assembly adopted the RA Law on the Expropriation of Property for the State and Public Needs, the constitutionality of which was examined by the Constitutional Court in the decision DCC-815⁶. The Constitutional Court examined the constitutionality of the challenged norms assessing the extent to which the legal positions expressed in the decision DCC-630 were reflected in the new law. With reference to the ground for mandatory expropriation, the Constitutional Court stated that "The constitutional ground of the expropriation of property is the exceptional case of prevailing public interest" clause includes the state and public need conditioned by the exceptional case of prevailing public interest. In this wording, the term "ground" highlights the existence of the condition only in the case of which it is possible to expropriate property. The law enforcement practice and the assessment of the factual circumstances of any case must derive from the constitutional legal content of the above-mentioned clause. The "State and public need" and "exceptional case of prevailing public interest" constitute one organic unit. Nevertheless, the existence of the exceptional case of prevailing public interest is the condition, in case of which it is possible to expropriate the property for the state and public needs. In this decision, the Constitutional Court found that the law must define the procedure of the expropriation of property for public and state needs specifying "the peculiarities of the expropriation of different objects of property for a legitimate aim". Further amendments were made twice to the aforementioned law by HO-121-N and HO-105-N laws, in which the aforementioned legal position of the Constitutional Court is not reflected.

In the decision of DCC-901⁷, the RA Constitutional Court, examining the issue of servitude, assessed the permissible limits of the restriction of the right to property. The Court stated that servitude is a right to limited use of someone else's property, in the exercise of which the owner of the property burdened with servitude is not deprived of his constitutional rights to possess, use and dispose that property, and it is meant for incomplete, limited use of someone else's property dictated by need. The Court stated, "In a number of decisions the European Court of Human Rights when assessing the lawfulness of the restriction of the right to property took into account the following principles and criteria:

³ The RA Constitutional Court, DCC-650, 10 October 2006, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

⁴ The RA Constitutional Court, DCC-667, 21 November 2006, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

⁵ The RA Constitutional Court, DCC-741, 18 March 2008, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

⁶ The RA Constitutional Court, DCC-815, 14 July 2009. <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

⁷ The RA Constitutional Court, DCC-901, 29 June 2010. <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

- the restriction of the right to property is commensurate with the general norm stipulated in the 1st sentence of the 1st paragraph of Article 1 of Protocol 1 to the Convention, if “fair balance” is guaranteed between the requirements of common public interest and the protection of the individual’s fundamental rights;
- the means of the restriction of the right to property must satisfy “the requirement of lawfulness” and must not be “arbitrary”;
- the contested means addressed to the restriction of the right to property must be prescribed by law or by the general principles of international law;
- the law prescribing means addressed to the restriction of the right to property must satisfy a number of requirements which are related to the quality and content of the law as well as to the bodies adopting them and to the lawfulness of the exercise of their powers;
- the means of the restriction of the right to property must pursue a legitimate aim deriving from the public interest; and
- in case of restriction of the right to property, the state must keep a reasonable ratio of proportionality between the requirements of the protection of the owner’s rights and the protection of common interest, that is, the means of restriction must be “reasonable and appropriate for the achievement of its aim and adequate with that aim”.

The Constitutional Court has considered the institution of servitude as the implementation of the constitutional legal principle of a person’s free and discretionary exercise of the right to property prescribed by Articles 8 and 31 of the Constitution with restrictions, which are legitimate and are conditioned by the need to take into consideration the rights and lawful interest of other persons, public and state.

In the decision DCC-903⁸, the Constitutional Court expressed fundamental legal positions in relation to the institution of deprivation of property stipulated in the 2nd paragraph of Article 31 of the Constitution, which further served as a basis for the assessment of the constitutionality of the norms contested in the Constitutional Court when the subject of examination was related to the issue of the deprivation (DCC-1073, DCC-1142, and DCC-1153). In this decision, the Constitutional Court, in addition to the means of interference with the right to property included in the decision DCC-630, also stipulated the restriction of the right to property as a restriction of the exercise of the right to property involving damage to the environment, violation of the rights and lawful interests of other persons, public and state (the 2nd sentence of the 1st paragraph of Article 31), as well as the restriction of the right to land ownership for foreign citizens and persons without citizenship. In relation to the deprivation of property, the Court particularly

stated: “The 2nd paragraph of Article 31 of the Constitution stipulates the judicial safeguard of the inviolability of property.” The expression “deprivation of property” used in that clause is of autonomous meaning within constitutional legal relations. The Constitutional Court has referred to the constitutional legal meaning of the expression “deprivation of property” in the decision of DCC-630, in which specifying the cases of restriction of the right to property permitted by the Constitution, the Constitutional Court has described deprivation of property as a compulsory action deriving from liability. Taking also into consideration this description, the Constitutional Court finds that the following important compulsory elements are typical of the institution of deprivation of property:

- in case of deprivation of property, the right to the property is terminated without compensation against the will and consent of the owner;
- deprivation of property is applied as a means of liability; and
- in case of deprivation of property, the owner’s powers of possessing, disposing and using that property terminate simultaneously and completely without guaranteeing continuity.

In the decision of DCC-983⁹, the Constitutional Court has expressed legal positions in relation to the positive obligations of the state concerning the protection of property, particularly stating that “the principle of the inviolability of property not only means that the owner as a holder of subjective rights is competent to demand that others do not violate his/her right to property, but also presupposes the obligation of the state to protect a person’s property from abuse. This obligation of the state in case of a subject matter requires ensuring an efficient mechanism for the protection of property rights of the victims of crime and for the restoration of the damage.”

In the decision DCC-1009¹⁰, the Constitutional Court, while examining the issues of the right to common property, has regarded them in the light of the expression “person’s discretion” in the 1st paragraph of Article 31 of the RA Constitution, and stated that “In this constitutional norm with the emphasis on the expression ‘at his discretion’, the exercise of the right to property is based on the clearly expressed will of the owner, which is considered as an indispensable prerequisite for the exercise of the right to property, and in the exercise of the right to property the expression of the individual’s will plays a decisive role.” The content of this provision leads to the conclusion that the exercise of property rights must be carried out based on the principles of inviolability of property and contractual freedom, which presuppose, inter alia, autonomy of the will of the participants of civil legal relations and property

⁸ The RA Constitutional Court, DCC-903, 13 July 2010. <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

⁹ The RA Constitutional Court, DCC-983, 12 July 2011. <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

¹⁰ The RA Constitutional Court, DCC-1009, 24 February 2012. <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

autonomy. The Constitutional Court states that the provision stipulated in the first sentence of the 1st paragraph of Article 31 of the RA Constitution ensures equal protection of all types of property, which refers to the right to sole ownership as well as common ownership of the property. The content of the right to common property with respect to immovable property must be interpreted in such a way so that its protection will be adequate to that of the individual's right to property. In case of common property (share and joint), each of the co-owners acts as an independent subject of legal relations with respect to property endowed with subjective right to property and legal power, deriving from the latter, of using, possessing and disposing it at his/her discretion. Consequently, in the light of common property, the legal power of disposing as well as using and possessing of the property may be exercised in case of mutual consent of the co-owners based on each of the co-owner's expression of will. With reference to the exercise of the right to property, in particular with respect to the right to disposing property, the expression "the lack of disagreement is consent" logically contradicts the principle of "the individual's discretion" or in other words, "the manifestation of the autonomous will of the subjects of legal relations" deriving from the legal content of Article 31 of the Constitution, as in this case the legal starting point is not the conclusion of a transaction under the condition of having nothing foreseen based on consent, but the existence of the individual's concrete discretion in the exercise of the right to property.

The development of the concepts of deprivation of property and restriction of the exercise of the right to property were reflected in the decision DCC-1073¹¹, which examined the institution of seizure of property stipulated in Article 30.2 of the RA Law on Taxes. These legal positions related to seizure were further applied also in the decisions DCC-1153 and DCC-1210. The Constitutional Court, combining the elements of the institution of deprivation of property and seizure reflected in the decision DCC-903, stated:

"- the seizure of an individual's property is applied for and within the scope of ensuring the fulfillment of tax obligations concerning incomes (the 1st paragraph of Article 30.2 of the Law on Taxes), consequently, it is not a measure of liability applied in case of violation;

- the seizure is being implemented through the restriction of property rights (disposition, possession and use [the 1st paragraph of Article 30.2 of the Law on Taxes]), it is not a simultaneous and complete termination of the owner's legal powers without a guarantee of continuity;
- in case of seizure, the principle of compensation is not applicable at all; and

- the seizure by tax authorities is carried out through an extrajudicial procedure."

In relation to the restriction of the right to property, the Constitutional Court stated that the Constitution constrains the right to property by the requirement to preserve certain public values. Those are: the environment, the rights and lawful interests of other persons, the public, and the state. Such an approach aims at ensuring balance between the rights and public interests of the owner on the one hand, and of others on the other hand, recognizing the exercise of the right to property as guaranteed but not absolute. "In the present case, in relation to the disclosure of the issue, it is especially important to state that the application of the constitutional legal norms through the current legislative regulations is especially guaranteed in case of such a legal perception when a person's constitutional right with the grounds prescribed by law constitutes a means for ensuring the exercise of the constitutional obligation. That is, the right and obligation not only constitute as legally permissible means describing the person's subjective status or aiming at the realization of the subjective legal possibilities and desires in social relations, but are also an important component of legal regulations; in this case through ensuring a person's tax obligation with the aim of solving issues concerning the satisfaction of public and state needs. In this respect, the Constitutional Court states that in the present case the concrete legal aim clearly expressed in the regulation prescribed by the contested norms is to ensure the exercise of the subjective obligation of the person (natural person and legal entity) controlled by the competent state body, which is of constitutionally predetermined public legal importance as it aims at guaranteeing the implementation of the commandments prescribed by Articles 45, 48, 83.5, 89 and 106 of the Constitution. The means of realizing that aim as permitted by law, according to the legal content of the contested norms, is the restriction of the property rights of the individual, i.e., in the present case the main means (method) of the legal regulation stipulated in the contested norms is ensuring the exercise of the constitutional obligation through temporary restriction of a person's constitutional right commensurate with his/her obligations.

In the decision of DCC-1142¹², the Constitutional Court reinstated the legal positions reflected in the decisions of DCC-703 and DCC-1009 with respect to the content and the means of interference with the right to property.

In the decision DCC-1153¹³, the Constitutional Court, examining the constitutionality of the regulation of confiscating the goods transported through the customs borders as prescribed by the 1st paragraph of Article 224, regarded the confiscation of transported goods in case of vio-

¹¹ The RA Constitutional Court, DCC-1073, 5 February 2013. <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

¹² The RA Constitutional Court, DCC-1142, 2 April 2014, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

¹³ The RA Constitutional Court, DCC-1153, 3 June 2014, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

lation of the customs regime regardless of ownership, in the light of the legal positions expressed in the decision of DCC-1073 in relation to the institution of seizure, as a restriction of the exercise of the right to property by virtue of the 1st paragraph of Article 31 of the RA Constitution. The Court found that the restriction of the right to property caused by the unlawful behavior (by action or inaction) of another person with the aim of ensuring the discharge of the obligation by the person who committed the violation, constitutes an unlawful interference with the right to property of the person who has committed no violation and has no relation with the necessity of guaranteeing the normal course of the proceedings with respect to the violations of customs rules. Moreover, the Court stated that "the safeguards mentioned in the decision of DCC-1073 mostly lead to the fact that in order to ensure the exercise of the obligations, the seizure/confiscation of the property may be applied only after consuming the possibilities of ensuring the exercise of the obligations by other means. In the present case, the property is confiscated immediately regardless of ownership, consequently not lawfully. Besides, there are no alternative mechanisms concerning the confiscation of goods in the Customs Code, whereas the Constitutional Court, while examining the issue of constitutionality of the institution of seizure within the tax legal relations, regarded it as an effective mechanism to ensure an individual's rights. The Customs Code does not define the list of types of goods which are forbidden from confiscation. In the decision of DCC-1073, the Constitutional Court recognized the existence of such a regulation in the RA Law on Taxes as an important safeguard during carrying out a seizure. The Constitutional Court also stated that the power of the competent body and the regulation of the procedure of that power must be stipulated. The safeguards reflected in the decision of the Constitutional Court are not yet reflected in the customs legislation.

In the decision DCC-1210¹⁴, the Constitutional Court developed its previously expressed legal positions in relation to the principle of restriction of the exercise of the right to property as stipulated by the 1st paragraph of Article 31 of the Constitution regarding the issues of interference with the right to property in the context of the institution of imposing a fine through an extrajudicial procedure. In particular, it stated that "in order to exercise the lawful obligations prescribed by law, the proportionate implementation of administrative measures cannot be regarded as violation of the right to property or deprivation of property. The essential is the ensuring of an efficient means of a court appeal against administrative interference."

IV. Conclusion

The analysis of the legal positions expressed in the decisions of the Constitutional Court with respect to the right to property shows that the Constitutional Court has developed clear criteria, which enable the protection of the right to property from unlawful interference. Such a protection, that the Constitutional Court has formulated in its decisions, not only requires the state to refrain from violating the right to property but also assumes the state's positive obligation to develop efficient mechanism for the protection of the right to property (DCC-983, DCC-1102, and DCC-1009). The Constitutional Court consistently developed in its decisions the characteristics of the types of interference with the right to property, stating that there exists the specific case of the restriction of rights when the Constitution determines the criteria and limits of the restriction of the specific right, not reserving it even for the legislature.

The Constitutional Court not only recognized the legislative norms concerning the right to property contradicting the RA Constitution and void (DCC-630, DCC-1142, DCC-1153, etc.), but also in a number of cases disclosed the constitutional legal content of the contested norm, and, recognizing the contested norm commensurate with the RA Constitution, expressed clear legal positions in case of preservation of which the application of the contested norms can only guarantee the protection of the human right to property. Such legal positions in some cases were addressed to the law-enforcement bodies (DCC-1073), and in other cases to the RA legislative body (DCC-1142 and DCC-1153). The Constitutional Court examined both the substantive as well as procedural legal norms. The procedural issues were examined by the Constitutional Court, for instance, in the decisions DCC-1073, DCC-1142, DCC-1153, DCC-1167, and DCC-1210. The procedural issues referred to the application of the institution of seizure, terms of acceptance of inheritance, the regulation of the levy of fine, etc. Among the procedural issues presented recently in the Constitutional Court, the issues of the restriction of the right to property to ensure the discharge of the individual's obligations within different legal relations such as seizure, confiscation of goods, and levy of fine have been the most prevailing.

¹⁴ The RA Constitutional Court, DCC-1210, 26 May 2015, <http://con-court.am/armenian/decisions/common/2006/index.htm>

The Judicial Practice of the Republic of Armenia on NGOs' Legal Standing before the Court

I. Introduction

In the Republic of Armenia (henceforth RA), the issues concerning NGOs' legal standing before the courts, especially from the perspective of the institution of "actio popularis", have become well known recently which is conditioned by the judicial procedures initiated by NGOs, most of which are environmental organizations, challenging administrative acts. It should be noted that the judicial acts in this respect do not manifest necessary coherence in their application of laws, and the decisions of the RA Constitutional Court on the given subject matter are interpreted differently. It is worth mentioning that the fundamental issues existing in this sphere as well as controversial views thereof are inherent not only to the Republic of Armenia but also in a range of foreign states, which further highlights the actuality of those fundamental issues and the necessity of the formation of a coherent law enforcement practice based on the results of their comprehensive study.

II. The Constitutionality of the RA Legislation on NGOs' Legal Standing before the Court and the Judicial Practice Developed in this Respect

The RA Constitutional Court's decision in the case concerning the determination of the issue regarding the conformity of the obligations stipulated by the Aarhus Convention with the Constitution of the Republic of Armenia enshrines that the Republic of Armenia has undertaken a number of obligations including "to ensure a maximum simplified way of restoration of violated rights through the system of justice or by an independent and impartial body within the framework of national legislation, up to the creation of an appropriate system aimed at the elimination and reduction of the financial or other obstacles of access to justice."² Attention should be paid to the formulation in the third paragraph of this decision, according to which the obligations stipulated in the Convention are aimed at ensuring the judicial protection of the violated rights and freedoms as well as at the exercise of the right to legal assistance necessary for that purpose.

In regard to the question of the constitutionality of the expression "his"³ after the word "violated" in the 1st sub-paragraph of the 1st paragraph of Article 3 of the RA Administrative procedure code (28.11.2007)⁴, in the judicial acts regarding the Teghut mine, the decision of the Constitutional Court⁵ raised the need to fundamentally address the issue of NGOs' legal standing before the Court. In particular, analyzing the contested norm and comparing it with the provisions of Article 18 of the RA Constitution, the Constitutional Court found that this norm complies with the RA Constitution within the framework of the legal positions expressed in the aforementioned decision.

In this respect, the RA Constitutional Court has stated, "The study of the RA Administrative Procedure Code shows that the latter, and particularly Article 3 thereof does not define in relation to the interested NGOs *cases and procedure of exercise of right* (highlighted by the author) concerning bringing cases before the Court for the violation of the rights of others." The Constitutional Court finds that the RA Administrative Procedure Code in relation to the interested (endowed with appropriate statutory competence) NGOs, as legal entities, may define cases and procedures for the exercise of the right to bring cases before the Court in case of violated rights in the given sphere, taking into consideration the current development trends in Europe concerning *actio popularis* institution of complaints. Such a legal regulation would not only contribute to the efficiency of the protection of the violated rights and legal interests, including the efficiency of judicial protection, but would also increase the role of NGOs, which constitute a component of the civil society. Moreover, when defining the cases and procedure of the exercise of the right to bring cases before court or other bodies and officials for the violated rights of others, one should take into consideration only those NGOs, which aim at protecting specific collective and community interests among other things. This position is also in line with the 3rd sub-paragraph of the 1st paragraph of Article 15 of the RA Law on NGOs, according to which in order to realize the objectives prescribed by its statute an organization shall have the right to present and protect its and its members' rights and legal interests in other organizations, in the court, in the state

³ According to Article 3 of the RA Administrative Procedure Code (05.12.2013), every natural person and legal entity shall have the right to apply to the Administrative Court in compliance with the procedure prescribed by this Code, if he/she/it thinks that, by the administrative act, the action or inaction of state or local self-government bodies or a public official thereof, his/her/its rights and freedoms stipulated by the RA Constitution, international treaties, laws or other legal acts have been or may be violated... In this respect, it can be stated that in the new RA Administrative Procedure Code the given provisions are identical with those of the Code of 28.11.2007.

⁴ The Code was repealed on 05.12.2013 (HO-139-N).

⁵ See the decision DCC-906 of 7 September 2010 of the RA Constitutional Court in regard to the question of the constitutionality of the expression "his" after the word "violated" of the 1st sub-paragraph of the 1st paragraph of Article 3 of the RA Administrative procedure code based on the application of the "Helsinki Citizens' Assembly Vanadzor Office" NGO.

¹ Associate Professor at the Chair of Constitutional Law of the Law Faculty of the Yerevan State University.

² See the RA Constitutional Court decision DCC-269 of 26 December 2000.

administration, and local self-government bodies according to the procedure prescribed by law. The results of the study of international practice concerning the right to bring cases before court (“*actio popularis*”) for the protection of the rights of others in the administrative proceedings show that, as a rule, in European countries this institution is not applied in its classical meaning and within its full scope. In all cases, the main approach is that without legal interest *actio popularis* must be excluded⁶.

Thus, it can be stated that the RA Constitutional Court has reached the conclusion that the provisions provided in Article 15 of the RA Law on NGOs as well as the contested provisions of Article 3 of the RA Administrative Procedure Code (28.11.2007), in fact, do not exclude the protection of the rights of the others under the principle of “*actio popularis*” in case of relevant *legal interest* (highlighted by the author) by NGOs. Moreover, such a conclusion was based on the provisions stipulated in Articles 18 and 19 of the RA Constitution, which do not exclude “the possibility to bring cases before the court with the purpose of protecting the violated rights of the others”. Another issue is that the cases and procedure of the exercise of the right to bring cases before court for the infringed rights of others in relation to interested NGOs are not stipulated by the legislation.

The essential criterion of the right to file a lawsuit in the court by NGOs in administrative cases is the legal interest. In this connection, the RA Cassation Court has expressed the following legal position: “In the present case the Ecodar environmental NGO is an ‘interested’⁷ organization according to the Aarhus Convention⁸, therefore it exercises the right to judicial protection concerning the preservation of environment deriving from the statutory objectives of that organization.”⁹

As to the subject matter, attention should be paid to the decision of the RA Administrative Court on № AC/3275/05/09 case, dated 24 March 2010, which specifically states, “Administrative justice has an addressed nature. That is, a person cannot apply for judicial protection based on every abstract claim, but he can bring cases before court when he is an interested person, that is, when the public subjective rights of a person are infringed by an administrative body. The administrative proceedings, first of all, serve the protection of human and civil rights and personal interests. It means administrative justice can be addressed only by the person (natural person or legal entity) who considers that his rights and interests were directly

affected by the administration. Persons cannot bring cases before the court to check the administration that does not concern them directly for the only reason that in general they are interested in lawful activities of administrative bodies.”¹⁰

Referring to the decision DCC-269 of the RA Constitutional Court, dated 26 December 2000, the RA Administrative Court has stated, “It is once more stated by the decision that Aarhus Convention does not directly endow NGOs with direct legal standing before the Court. Moreover, directly no such obligation derives from the Convention, as the state must ensure a maximum simplified way of restoration of violated rights of the persons foreseen by the Convention through the system of justice or by an independent and impartial body within the framework of national legislation.” Such legal subjects are already defined by the RA Administrative Procedure Code, which enables the full protection of the violated rights of persons, among which, however, NGOs are not included.”¹¹ The judicial act on this case illustrates that the Court was led by the logic that the legislation in force excludes the judicial protection of the rights of others by NGOs, rejecting the claim of the organization.

The decision of the RA Cassation Court of 01.04.2011 rejected the cassation appeal of the presented case.¹² Moreover, the decision referred to the decision DCC-906 of the RA Constitutional Court, dated 7 September 2010, which in fact, considered such participation as lawful.

It is our conviction that the NGOs’ legal standing before the court is based solely on the objective legal interest or, in other words, in this case the essential is the violation of the objective right. It refers to the violation of the objective right which has public importance, derives from public relations and is of “sufficient interest” for the NGO based on its statutory objectives. It should be noted that this statement is stipulated in the second paragraph of Article 9 of the Aarhus Convention¹³. In this connection, the Aarhus Convention Compliance Committee of the UN European Economic Commission has stated in its decision that the second paragraph of Article 9 of the Aarhus Convention was violated by rejecting the judicial claim of the Ecodar environmental NGO challenging the administrative acts on

⁶ See the same source, sub-paragraphs 6-8.

⁷ “The public concerned” means the public affected or likely to be affected by, or having an interest in environmental decision-making; for the purposes of this definition, non-governmental organizations promoting environmental protection and meeting any requirements under national law shall be deemed to have an interest (the 5th paragraph of Article 2 of the Aarhus Convention).

⁸ 1998 Convention (Aarhus Convention) on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters.

⁹ See the decision of the RA Cassation Court on the administrative case № CC/3275/05/09 of 30.10.2009.

¹⁰ In this respect, see also № 127 decision of the RA Council of Court Presidents of 17.09.2011 on “The judicial practice of the application of Article 79 of the RA Administrative Procedure Code.”

¹¹ See the decision of the RA Administrative court of 24.03.2010 on № AC/3275/05/09 case.

¹² See the decision of the RA Administrative court of 01.04.2011 on № AC/3275/05/09 case.

¹³ Each Party shall, within the framework of its national legislation, ensure that members of the public concerned (a) Having a sufficient interest or, alternatively, (b) Maintaining impairment of a right, where the administrative procedural law of a Party requires this as a precondition, have access to a review procedure before a court of law and/or another independent and impartial body established by law, to challenge the substantive and procedural legality of any decision, act or omission subject to the provisions of article 6 and, where so provided for under national law and without prejudice to paragraph 3 below, of other relevant provisions of this Convention.

the exploitation of Teghut mine. Meanwhile, the Committee proposed to the RA government to undertake amendments, in particular, to stipulate clearly in the RA Law on NGOs and in the RA Administrative Procedure Code the right of NGOs to challenge the activities of administrative bodies by means of judicial procedure.¹⁴

In 2014, the aforementioned decision of the Compliance committee was approved stating that depriving NGOs of the right to file a lawsuit challenging the legality of the exploitation of Teghut mine, the Republic of Armenia violated the right of public associations to bring cases before court for the protection of public interests as stipulated by the Aarhus Convention.¹⁵

In relation to the discussed fundamental issue, uniform law enforcement practice can be probably reinforced by the regulations foreseen by the RA draft law on making amendments to the RA Administrative Procedure Code in compliance with the legal regulations stipulated in the new draft law of RA on NGOs¹⁶.

III. The Foreign Judicial Practice on NGOs' Legal Standing Before the Court

In different countries, the locus standi of non-governmental organizations is conditioned by the existence of rights and legal interests, and it is given both narrow and broad interpretations by courts. Thus, for instance, in 1998 the Court of European Communities refused to adopt a broad approach concerning the legal personality in environmental matters in "Greenpeace Council and others v. European Commission" (C-321/95, (1998) ECR I-1651). Several private persons and a non-governmental organization had filed a lawsuit challenging the legality of the construction of two power stations, financed by the European Commission, by Spain to work on the extracted raw

materials in Canary islands. The court of first instance refused to hear the case, which was followed by the refusal of the Court of European Communities. According to the relevant provision (Article 230(4))¹⁷ of the Treaty on Establishment of the European Association, any natural or legal person may appeal against a decision addressed to him/her individually or against a decision, which, although in the form of a regulation or a decision addressed to another person, is of direct and specific concern to his/her interests.

The court of first instance decided that Greenpeace, as a non-governmental organization, could not have locus standi, as this organization does not represent persons having locus standi as well as not having its own concrete interest. The arguments of Greenpeace concerning the gaps in the sphere of the application of locus standi and the laws of the European Union in case of common public interest (which is conditioned by the limited interpretation of Article 230), as well as the argument that the right to access information and consultation concerning the process impact assessment on the environment enables it to bring cases before court, were not taken into consideration by the Court of European Communities.

In some states, where strict legislative requirements are defined for checking the existence of lawful interest, locus standi has been expanded through interpretation. In this respect, environmental organizations have succeeded in Norway in terms of acquiring locus standi, although the criterion of the existence of a lawful interest is applied here.¹⁸ As early as in 1979, a Norwegian environmental organization was granted locus standi in the case of "Alta". In this connection, the Supreme Court of Norway decided: "Depending on circumstances the plaintiff may have a lawful interest to file a lawsuit, even if the decision does not have a direct effect on his legal status. Depending on circumstances, the interested organization may also have a necessary lawful interest even if the resolution of the matter does not directly affect the rights of the organization or its members. The necessity of judicial control over state bodies may be decisive factor in this matter."¹⁹

In a number of states, the exercise of NGOs' right to bring cases before the court is conditioned by the existence of sufficient interest. In this respect, attention should be paid to the Swedish experience, where in the past, in order to be able to appeal against ecological permissions, environmental organizations had to have worked for more than 3 years and have at least 2000 members, which by

¹⁴ See findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/62 concerning compliance by Armenia (adopted by the Compliance Committee on 28 June 2013), <IV. Conclusions and recommendations>.

¹⁵ See Economic Commission for Europe, Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Fifth session, Maastricht, the Netherlands, 30 June and 1 July 2014), Decision V/9a on compliance by Armenia:

¹⁶ See <http://moj.am/legal/view/article/713>: In particular, according to Article 216.6 of the RA draft law on making amendments to the RA Administrative Procedure Code:

"1. A non-governmental organization shall present the lawful interests of possible or de facto stakeholders in the court concerning the protection of the environment, historical-cultural values as well as other fields directly defined by law.

2. A non-governmental organization may file a lawsuit in the cases defined by the 1st paragraph of this article, if

1) the application derives from the organization's statutory goals and objectives, as well as aims at protecting the rights of its possible and de facto stakeholders;

2) it has participated in the process of adoption of the appealed act or in the process of the realization of the action, as well as has applied for or has taken measures to appeal against that act or action, and this fact is confirmed by evidence supporting its participation or the fact of its taking measures;

3) at least during 2 years prior to filing the lawsuit, it has carried out its activities within the fields mentioned in the 1st paragraph of this article."

¹⁷ See europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/ec_cons_treaty_en.pdf.

¹⁸ See Section 28 of the Administration Act (Forvaltningsloven) and section 54 of the (Civil) Procedure Act (Tvistemalsloven) require that a party has a "legal interest": See also Bugge, Hans Christian, The new article on environmental protection in Norway's Constitution, in World Survey, op. cit., p. 321, ("There are no special rules for environmental rights and interest").

¹⁹ See Case report at NRt 1980, p. 569 & 575, quoted in Basse, Ellen Margrethe, Report from Denmark, in The Concept of Interest, op. cit., p 41.

the Court of Justice of the European Union has been considered as a violation of the requirements of the legislation of the European Union directed at the implementation of Aarhus Convention.²⁰ Swedish legislation concerning NGOs' access to justice was amended as a result of the Court's decision. According to Articles 13-14 of the 16th chapter of the Swedish Environmental Code, environmental organizations, which aim at contributing to the preservation of nature and the protection of the environment as foreseen by their statutes, may appeal the decisions on permissions and approvals in compliance with the Code.

In the context of the discussed issue, attention should be paid to the acts of the Court of Justice of the European Union. In particular, the reasoning part of the Court's decision (Fourth Chamber) of 12.05.2011 (preliminary ruling) states: "The national legislation of the EU member states shall not limit the possibility of appealing decisions that might significantly affect the environment by the fact of violating individual interests and *shall take into consideration also public interests* (highlighted by the author) when the applicant claims that a law stemming from the EU ecological legislation has been violated. This decision of the Court is based on the requirement of Article 10a of Directive 85/337 on the Environmental Impact Assessment, according to which members of the concerned public having sufficient interest or claiming a fact of violation of right must have access to the procedures of judicial protection. They must be endowed with the possibility to appeal against the decisions on the issues, which require public participation foreseen by Directive 85/337. According to Article 10a of the Directive, the national legislation envisaging the criteria of "sufficient interest" and "violation of right" must ensure their compliance with the aim of ensuring broad access to justice. If the provisions stipulated in the Directive 85/337 provide the member states with significant discretion in defining the criteria of the aforementioned two concepts for natural persons, the same cannot be said about the NGOs dealing with environmental protection matters. Thus, it can be concluded that the EU Directive 85/337 precludes regulation by the national legislation that does not allow NGOs to appeal permissions on constructions alleging a violation of the provisions of the EU ecological legislation based on a lack of personal interest."²¹

It should be noted that the study of the legislation of the above-mentioned European and other countries, the trends of its evolution, as well as the judicial practice developed during the previous years, shows that a broad access to justice is foreseen for non-governmental organizations.

IV. Conclusion

To conclude, it can be stated that the RA legislation in force does not define the cases and procedure of the exercise of the right of concerned public organizations to bring cases before the court with respect to the violation of the rights of others, and in case of current legal regulations the provisions of legislative acts were given different or controversial interpretations in judicial acts made during the last years. Therefore, the established judicial practice is not in line with the current development trends concerning the subject matter. We think that by making necessary amendments to legal acts concerning NGOs' legal standing before the court, and taking the international practice into consideration, the efficiency of public control over state government and local self-government will increase.

²⁰ See Case C-263/08, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening v. Stockholms kommun*, Judgement of the Court (Second Chamber) of 15 October 2009.

²¹ See Judgment of the European Court of Justice (Fourth Chamber). Preliminary ruling under Article 234 EC, from the Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Germany), in case C-115/09, 12 May 2011.

Rephrasing a Claim in an Administrative Procedure; (Court Practice between 2009-2015)

I. Introduction

The analysis of court decisions presented in this paper is dedicated to the peculiarities of the application of the institution of modification of a claim in practice. The paper, in the first place, discusses the 2009 guiding decision of the Supreme Court of Georgia regarding the usage of the aforementioned institution. Second part of the paper is dedicated to the development of court practice from 2009 to 2015. Third part of the paper illustrates the change made in the existing practice of the Supreme Court of Georgia with regard to the usage of the said institution. The conclusion summarizes the results of the research.

II. Guiding Decision of the Supreme Court of Georgia

The decision Nbs168-162(ks-09) of the Supreme Court of Georgia, dated 28 April 2009, in the “Zestafoni Municipal Board v. Kutaisi Regional Center” case, is one that defined the court practice with regard to the modification of a claim.

In the aforementioned decision, the Supreme Court of Georgia interpreted Article 28¹ of the Administrative Procedure Code of Georgia. The foregoing Article provides for the possibility to rephrase a claim to expedite the proceeding. According to Article 28¹. “A court may not go beyond the scope of the claim indicated in the lawsuit but it is not bound by the wording of the claim. To expedite the proceedings, a judge is authorized to assist a party in rephrasing its claim.”²

While interpreting Article 28¹ of the Administrative Procedure Code of Georgia, the Court paid particular attention to the essence of the Article and stressed that within the legal context the term “rephrase” meant “transformation, modification and change” of the claim. As the Court of Cassation states, in order for the court to rephrase the claim, it should use Article 26¹ of the Administrative Procedure Code of Georgia, according to which the court checks the admissibility requirements of the lawsuit set forth in Articles 22-25 of the Code and “if a lawsuit is inadmissible, the court is granted a proce-

dural power, derived from the principle of officiality, to change the claim.”³

The Court also stated that Article 28¹ serves the purpose of realization of the principle of economy of the procedure. The possibility to rephrase a claim grants the party a right to reword a claim instead of lodging another lawsuit, in case the previous lawsuit was deemed inadmissible, which ensures the effectiveness and efficiency of an administrative proceeding.

In its decision, the Court also emphasized that due to the low level of legal knowledge, the claimant may not be able to formulate the claim properly and may simply refer to the cancellation of the administrative legal act in general. Such reference, according to the Court, is a “general claim and needs further formulation, specification, since the cancellation might mean the declaration of an administrative legal act either void or invalidated and so on. Thus, exact procedural formulation of the claim determines the substantive outcome of the dispute resolution.”⁴

Herewith, the Court also stressed the following: “the right to rephrase a claim cannot be identified with the procedural right of the plaintiff to modify or increase the subject matter of a dispute, as provided by the Civil Procedure Code of Georgia, since the given procedural right is substantially different from the exceptional procedural institutions envisaged by a set of special norms in the administrative proceeding that deal with the disputes arisen in the field of public relations. Exactly because of these procedural peculiarities, the Administrative Procedure Code of Georgia represents a legal act that is based upon the principle of negative reservation, unlike the Civil Procedure Code of Georgia.”⁵

The aforementioned decision of the Supreme Court of Georgia later became the guiding decision for the decisions that were made on the same issues afterwards, except for one case, in which the Court, even though it pointed out the possibility for the judiciary to modify a claim, did not yet provide legal justification for its argument.

III. Development of Court Practice During the Years of 2009–2015

The Supreme Court of Georgia relied upon the decision rendered in 2009 in its following decisions. In those decisions, the Supreme Court of Georgia specified how exactly the courts of lower instances could rephrase a claim and also what should have been the scope of the courts’ authority while modifying a claim.

In its Decision of 2012 on the case Nbs-1477-1459(2k-11) – to declare the Ordinance (dated 13 November 1997) of Tbilisi Municipal Government as void

¹ LLM in the Comparative Constitutional Law, Central European University, PhD student at I. Javakishvili Tbilisi State University.

² Article 28¹ of the Administrative Procedures Code of Georgia.

³ Court Decision Nbs-168-162(ks-09), dated 28 April 2009, Supreme Court of Georgia, Motivational part of the Decision.

⁴ *Ibid*, Motivational part of the Decision.

⁵ *Ibid*, Motivational part of the Decision.

– the Supreme Court of Georgia followed the definition provided in its decision of 2009 and stated that the Appellate Court was supposed to help the claimant rephrase the claim.

The Supreme Court of Georgia pointed out that even though the claimant was demanding for the nullification of the impugned act, he/she referred to the issuance of an individual administrative legal act by an unauthorized body, as a ground for claim satisfaction, which made it necessary for the court to rephrase a claim into a declaratory lawsuit.⁶

Based on the foregoing, the Court of Cassation rightly pointed out to the Appellate Court that the latter should have discussed the possibility to rephrase a claim based upon Article 28¹ of the Administrative Procedure Code of Georgia and only after that should have made a decision.

In its decision rendered a year later, the Supreme Court of Georgia not only relied upon the definition provided in 2009, but also referred to the Decision Nbs-829-813(k-12), dated 26 March 2013, in the case of Citizen K. v. Rustavi City Hall, and while stressing the possibility for the judge to rephrase a claim, it also specified the way in which the court was supposed to do the rewording. With this decision, the Supreme Court established a new term, viz., “proficient use” of the institution of rephrasing a claim.

According to the Court of Cassation, as soon as the court examines the admissibility requirements of a lawsuit under Article 26¹ of the Administrative Procedure Code of Georgia, it should then use the power conferred upon it by Article 28¹ of the Code and help the claimant to rephrase the claim. Helping a party to rephrase a claim means not only to ask questions during the hearing – “whether or not the claimant is willing to rephrase a claim” – but rather to fully perform the procedural act, i.e., to explain to the party what legal consequences could the rewording of a claim entail. According to the Supreme Court, only this kind of help could be considered as the “proficient use” of the abovementioned institution.⁷

In its decisions rendered during the years 2014-2015, the Supreme Court of Georgia defined the scope of authority of the court when executing the legal power to rephrase a claim. The Supreme Court of Georgia also emphasized that when rewording a claim, the court should not act on its own initiative, but rather, based on the principle of disposition, should offer the party a possibility to rephrase a claim.

In its Decision Nbs-651-626(k-13), dated 29 April 2014, with regard to the cancellation of the order of the City Assembly of Gori Municipality, dated 28 February 2013, the Court, at first, stated that the Appellate Court reviewed

the case as the declaratory lawsuit under Article 25 of the Administrative Procedure Code of Georgia; however, it rendered a decision based upon Article 32 of the Code regarding a lawsuit for declaring an administrative legal act void.⁸

The Supreme Court of Georgia emphasized that the Appellate Court’s abovementioned action constituted a violation of procedural norm, namely, the Appellate Court rendered a decision upon such matter that was not the subject matter of the lawsuit (claimant lodged a declaratory lawsuit), while the Court did so without rewording the claim as provided by Article 28¹ of the Administrative Procedure Code of Georgia.⁹

As it relied upon the definition provided in its decision of 2009, the Supreme Court of Georgia pointed out that the Appellate Court was supposed to offer the claimant to rephrase the claim and should not have made a decision on this matter on its own initiative, as this contradicted the principle of disposition. In this context, the Supreme Court indicated the following: “The Appellate Court did not offer the claimant to rephrase a claim and it considered a certain type of lawsuit to represent a different claim, especially when there were no substantive conditions for this. The foregoing contradicts the fundamental principle of the procedural law, the principle of disposition, since, according to Article 3 of the Civil Procedure Code of Georgia, a party is authorized to determine what kind of a lawsuit to lodge in order to protect his/her rights.”¹⁰

Based upon this definition, the Court, for the purposes of establishing a uniform court practice, rightly determined that when parties do not express their willingness to rephrase a claim and they are not offered to do so by the court, the latter is not authorized to “award a party something that he/she did not demand”.¹¹

In its Decision Nbs-145-138(k-13) rendered on 12 February 2015, on the declaration of the land (real estate) ownership registration certificate as partially void, the Supreme Court of Georgia once again referred to the scope of the court authority when rephrasing a claim. The Supreme Court of Georgia emphasized as follows: “A court may not go beyond the scope of the claim indicated in the lawsuit, change the subject matter or rephrase the claim without the consent of the claimant. Inquisitorial character of the administrative procedure indicates judicial activism; however, it does not reject such manifestation of the dispositional character of the procedure as the right of the claimant to determine the claim of the lawsuit and its scope independently... Herewith, modification of the claim should serve the purpose to expedite the proceeding and

⁶ Court Decision Nbs-1477-1459(2k-11), dated 24 January 2012, Supreme Court of Georgia, Motivational part of the Decision.

⁷ Court Decision Nbs-829-813(k-12), dated 26 March 2013, Supreme Court of Georgia, Motivational part of the Decision.

⁸ Court Decision Nbs-651-626(k-13), dated 29 April 2014, Supreme Court of Georgia, Motivational part of the Decision.

⁹ *Ibid*, Motivational part of the Decision.

¹⁰ *Ibid*, Motivational part of the Decision.

¹¹ *Ibid*, Motivational part of the Decision.

not to procrastinate it. Modification of the claim does not create the possibility to go beyond the scope of the claim indicated in the lawsuit."¹²

All of the abovementioned decisions were based upon the definition given in the guiding decision of 2009 regarding the modification of a claim. Herewith, while discussing the possibility to rephrase a claim indicated in a lawsuit, the Supreme Court of Georgia not only emphasized definitions made in the decision of 2009, but it also provided analysis of relevant articles envisaged by the Administrative Procedure Code of Georgia.

A decision, in which the Supreme Court of Georgia did not follow the approach established by it with regard to the modification of a claim, will be discussed below.

IV. Different Approach of the Supreme Court of Georgia

In a decision that will be discussed below, the Supreme Court of Georgia did not follow the approach established by itself with regard to the modification of a claim. Neither did the Court substantiate which article it relied upon while referring to the possibility to rephrase a claim. The Court of Cassation only pointed out that the failure to use the possibility to rephrase a claim infringed the right of a citizen.

1. Brief description of the case

On 24 February 2012, B.S. lodged a lawsuit before the Administrative Cases Panel of Tbilisi City Court. According to Article 24 of the Administrative Procedure Code of Georgia, B.S. demanded the performance of an action, namely, he/she demanded the issuance of the Rule on the Liability for State Debt. The claimant noted that the government acknowledged the obligation under the law on "State Debt" arisen from the unfinished cooperative construction. Under the same law, the Ministry of Finance became obliged to elaborate a Rule on "Debt Repayment" before September 1998.

Tbilisi City Court rejected the claim. Even though the Court decided that the subject matter of the administrative dispute was the issuance of the administrative legal act and not the claim to perform an action, it did not rephrase the claim. Moreover, the Court noted that since there was no regulation elaborated as to the rule for debt repayment, it could not have obliged the Ministry of Finance to perform an action, i.e., repay the debt. The decision was appealed. Tbilisi Appellate Court shared the view of Tbilisi City Court and noted that until the rule for debt repayment was elaborated, the Court was deprived of the opportunity to satisfy the claim regarding the foregoing issue. B.S. lodged a cassation claim.¹³

The Supreme Court of Georgia deemed that the reasoning of the Court of Appeal's ruling was so weak that it revoked it and sent it back to the Appellate Court for re-examination.

2. Explanation about the importance to rephrase a claim provided by the Supreme Court of Georgia

The Supreme Court of Georgia rightly noted that the courts of first and second instances misunderstood the claimant's claim. The claimant's interest was that the administrative body was obliged to issue a legal act – the rule for "debt repayment" and not to perform an action, i.e., cover the debt. According to the Supreme Court of Georgia, the Court of Appeal had not discussed the procedural legal basis of the claim.¹⁴

The Supreme Court of Georgia also rightly noted that the subject matter of the dispute in the given case was the obligation of an administrative body to issue an administrative legal act (an obligatory claim envisaged by Article 23 of the Administrative Procedure Code of Georgia), and not the obligation of an administrative body to perform a certain action (type of a lawsuit provided by Article 24 of the Administrative Procedure Code of Georgia). Accordingly, the courts of first and second instances should have discussed the issue of rephrasing the claimant's claim due to the admissibility requirements envisaged by Article 23 of the Administrative Procedure Code of Georgia. Especially, there were all the prerequisites for admissibility envisaged by Article 23 of the Code, namely: an administrative body's refusal to issue an administrative legal act, which contradicted the law and caused a direct and immediate (individual) damage to the plaintiff's lawful right or interest.¹⁵

The Court of Cassation rightly pointed out that the modification of a claim is of great significance, since, unlike the correction of the deficiency of claim admissibility, refusal to satisfy the lawsuit with the substantive decision deprives the party of the possibility to lodge another lawsuit before a court with the same claim.¹⁶

Thus, according to the Supreme Court of Georgia, refusal of the courts of first and second instances to satisfy a lawsuit for having an action implemented deprived the claimant the opportunity to bring another lawsuit before the court based on Article 24 of Administrative Procedure Code of Georgia, which clearly caused damage to the plaintiff's lawful right.¹⁷

Herewith, even though the Supreme Court of Georgia explained what negative consequences would be caused by the negligence of the possibility to rephrase a claim by the courts of lower instances, it did not indicate the legal norm, according to which the courts of lower instances

¹² Court Decision Nbs-145-138(k-13), dated 12 February 2015, Supreme Court of Georgia, Motivational part of the Decision.

¹³ Court Decision Nbs-622-610(k-12), dated 23 May 2013, Supreme Court of Georgia, Descriptive part of the Decision.

¹⁴ *Ibid*, Motivational part of the Decision.

¹⁵ *Ibid*, Motivational part of the Decision.

¹⁶ *Ibid*, Motivational part of the Decision.

¹⁷ *Ibid*, Motivational part of the Decision.

could rephrase the claim. Neither did the Court discuss the court practice established by it in this regard. It simply noted that the negligence of the possibility to rephrase a claim would infringe the claimant's lawful rights.

It would be appropriate if the Court used relevant regulations of the Administrative Procedure Code of Georgia when discussing the importance of the modification of a claim and did not deviate from the established practice, since unsubstantiated reasoning of the Supreme Court of Georgia cannot provide guiding principles for the courts of lower instances.

V. Conclusion

The above analysis of the Supreme Court's practice has shown that the Court pays special attention to the modification of the claim and considers the foregoing as an important guarantee of the protection of procedural rights of citizens.

Special emphasis should be given to the guiding principles established by the Supreme Court of Georgia, i.e., "proficient use" of the institution of rephrasing a claim and defined scopes of authority for the courts of lower instances when deciding upon the issue of rephrasing a claim.

Court practice established by the Supreme Court of Georgia with regard to the claim modification has indeed a decisive importance for the efficient functioning of the courts of lower instances. Herewith, it would be advisable that the Court of Cassation further develops its guiding principles, and, in case of departure from the established court practice or resolution of the issue in a different way, legally substantiate its decision.

Avtandil Kakhniashvili¹

The Problem Pertaining to Access to a Court Judgment

Analysis of the decision
(administrative case N3/704-12)
considered by a court of Georgia

Abstract

Despite the fact that the European Convention on Human Rights and Georgian law lay down the procedure for open (public) judicial proceedings, the courts inform their rulings only to parties to the proceedings. Tbilisi City Court rendered a judgment on two out of three persons detained on the charges of forgery, but the court separated the third case, which is still at the consideration stage. As the court did not communicate a complete version of the judgment neither to the persons concerned nor to the accused person himself, the case was appealed at all three judicial instances. Since the administrative claims were not upheld, the decisions are appealed before the European Court of Human Rights. Based on the analysis of the mentioned case, it is recommended that the High Council of Justice and/or the Constitutional Court consider the claims filed against the courts.

I. The Problem of Balance between Freedom to Receive Information and Openness of Judicial Proceedings

Pursuant to the norms laid down in the chapter of general provisions of the Constitution, Georgia “shall recognize and protect universally recognized human rights and freedoms as eternal and supreme values,” and recognize them as directly acting laws. Besides, an international treaty or agreement, unless it contradicts our basic law, takes precedence over domestic normative acts². Therefore, the Universal Declaration of Human Rights, European Convention or International Covenant on Civil and Political Rights enjoy supreme legal status as prescribed by the Constitution. Upon accession to the Council of Europe, the Georgian authorities assumed an obligation to align the national legislation with international and Euro-

pean laws and to ensure effective protection of rights and freedoms of every individual.

For this, it is very important to determine the essence of universally recognized democratic values such as the right to a fair trial, inviolability of private life, presumption of innocence, freedom to receive information etc., for which judgments of the European Court of Human Rights undoubtedly provide significant assistance.

Apart from this, we should not overlook the circumstance that the problem of securing reasonable balance between freedom and order is not less significant for individual states; especially, while determining the legal scope of application of basic human rights in domestic practice of legal proceedings, in order to not allow the unrestricted nature of any single institution to inflict irreparable damage, even accidentally, to another. For instance, the freedom of speech is a universal democratic value, but it is also a fact that the desire of the mass-media to enjoy openness (publicity, freedom) of judicial hearings and provide coverage of all interesting events in a pluralistic society, naturally, often creates certain problems to both public authorities and persons brought before criminal justice.

The same can be said about the freedom to receive information. Having escaped from the complete information vacuum characteristic to the totalitarian socialist state, to ensure the maximum transparency of the procedure for criminal legal proceedings, we may widen the scope of openness unreasonably so as it may lead to humiliation and damage to the business reputation of an accused person (for example: when an arrest takes place in front of TV cameras). On the other hand, unreasonable restriction of openness of legal proceedings or the freedom to receive information may substantially infringe basic human rights and legitimate interests, which I consider are not less alarming.

The aforementioned problem has acutely revealed itself in the process of implementation of the justice reform following the restoration of the independence of Georgia. In other words, after the adoption of the new constitution, we set it as a goal to transfer to the European standards and achieve the democratization of legal proceedings.

While adopting the substantially new criminal procedure code, we seemingly attempted to absorb all progressive aspects. However, in separate cases, due to incompatible legal culture, we made certain mistakes, the correction of which we are slowly attempting. However, in a number of cases, we go from one extreme to the other. The clear example of this is frequent changes in the legal position about the question related to the openness of court hear-

¹ Doctor of law (L.D.); professor at the University European Academy.

² Konstantin Korkelia, Irine Kurdadze, *International Human Rights Law Under the European Convention on Human Rights*, Tbilisi 2004, 165p.

ings. As a result, in 1998 photo and video cameras were permitted to the hall of court hearings; then after 2004, journalists were prohibited to film even in the court yard; but again recently in 2013, we permitted them to provide live broadcast of the accused persons who are considered innocent by the state and Constitution.

It is known that the basic principles of the Criminal Procedure Code, as generally acceptable ideas for the system of constitutional law, are widely recognized by the developed countries and are respectively enshrined in their laws. However, the peculiarities in terms of not only introducing the original principles of criminal procedure, (for example, Italy, Belgium, and Denmark) but also from the perspective of interpreting some universally recognized principles within the local specificity are found in a range of countries (for example: the principle of legitimacy and presumption of innocence).

Besides, law is a living and evolving organism. Likewise, the criminal procedure legislation is constantly in the process of improvement and naturally tends to implement anything pertaining to progress. In the future, a single criminal law space will be created first, probably, within the scope of the European Union and then within the scope of the Council of Europe. Specialists of different countries will jointly formulate the procedure code that is acceptable to the majority and perfect it as much as possible, which will foresee positive experiences together with negative ones. For the time being, every independent state has its own legal base; the judicial authority assumes the role to interpret the laws.

It is also a fact that certain omissions are met not only in the laws of the so called post-soviet states that have been recently liberated from the socialist legal system, but also in the laws of Germany which is situated in central Europe and universally recognized as progressive. As evidence, in the case of **Axen v. Germany**, considered at the European Court of Human Rights, openness of criminal legal proceedings was specifically stated to be the subject for consideration by the court.

In this circumstance, it is to be welcomed that the Constitution of Georgia also guarantees "openness" of the court hearing. "Publicity of the hearing" is provided as a separate principle in the Criminal Procedure Code of Georgia. At the same time, we do not overlook the circumstance that if the Georgian law as compared to its European counterpart has unreasonably widened the scope of the openness of the judicial process by allowing for the direct broadcast of the identities of the defendants present at the court to the general public. At the same time, experience of the legal proceedings demonstrated that judges have unreasonably restricted the very same institution and refused to impart the information to all persons concerned with the persons found guilty under a judgment that entered into force.

II. The European Court of Human Rights and the Georgian Legislation on Access to Judgment

1. European standard with regard to access to a judgment

Upon the restoration of independence, as a result of the amendments made to the constitution in force then, Georgia was declared as a rule of law based state. The establishment of a rule of law based state was enshrined in the Constitution of 1995 as "a firm will" of the citizens of Georgia, and when Georgia joined the community of European countries, it became clear for the civilized world that the country that broke free from totalitarianism considers the protection of fundamental human rights alongside with the principles of supremacy of law and separation of powers as one of its major priorities.

Today, the rights and freedoms enshrined in the European Convention on Human Rights are considered as directly acting law for the judiciary of Georgia; and in order to implement individual norms and terms reasonably, we should seek help from the decisions of the European Court of Human Rights.

It is true that according to the first paragraph of Article 6 of the European Convention on Human Rights, a case before the court "is deliberated at a public hearing", and "judgment shall be pronounced publicly", but contents of the given terms are today significantly widened. Stemming from the respective wording of the International Covenant "On Civil and Political Rights", for a long time it has been widely recognized that "judgment of the court should be public", and not only the fact that "judgment shall be pronounced publicly" ...³, that is, in order to ensure the publicity, public pronouncement of a judgment alone is not sufficient and even a court's judgment of conviction should be public, i.e., accessible for all.

With regard to judgments, the European Court of Human Rights further explained that "the third persons enjoy the right to obtain information as foreseen in Article 10 of the European Convention"⁴ (Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, Tbilisi, 2009, p. 147), and "the society should be able not only to observe (watch) court's activity, but also to understand a judgment rendered by it." Moreover, "the society should have access to judgments of the court." (ibid, p.148)

The circumstance should be underlined that "it is impossible to prepare an anonymous version of a judgment, as the parties to the case shall be informed about the question to be considered."⁵

³ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, Tbilisi, 2009, p.156.

⁴ Ibid P. 156.

⁵ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, Tbilisi, 2009, p.157.

Virtually, the same is said in the most popular commentary on the European Convention on Human Rights, which is also published in Georgia. The Commentary unequivocally indicates the possibility to get familiar with a judgment laid down in written form not only to the parties but also to the “Public” (general public)⁶.

Stemming from the aforementioned, it is natural that the judgment should be, in an obligatory manner, communicated to the participants (parties) to the proceedings, and other interested persons should be given an opportunity to obtain, irrespective of the position held by the accused, the judgment in complete form.

2. Openness (publicity) of the court hearing in the legislation of Georgia

With regard to the publicity of criminal legal proceedings, firstly, we have to dwell on the problem related to terminology. Unfortunately, an agreement on the given issue in Georgian law has not been reached among Georgian lawyers. Despite the fact that it is established by the Constitution that “cases before a court shall be considered at an open sitting (Article 85.1)”. The Criminal Procedure Code adopted in 1998, on the one hand, spoke about the principle of “trial in public” (Article 16), but under the same Article, consideration of a criminal case at all courts was “open”. Furthermore, “publicity” was also applied to indicate public interests and was envisaged in Article 14 as an independent principle (“Principle of Publicity and disposition). As “public reading”, “public hearing”, and “public sitting” were mentioned in other Articles (e.g. Articles 477 and 679), as it appears, the law, without thoroughly comprehending their meanings, applied three different terms “openness”, “publicity” and “in public” for denoting one and the same institution.

In the Criminal Procedure Code of Georgia, adopted by the Parliament of Georgia on 09 October 2009, which took effect on 01 October 2010, the principle of “trial in public” is foreseen in Articles 10 and 182, and all judgments including rulings rendered by the court are already “pronounced in public” (Articles 10.2 and 277.1). Nevertheless, the analysis of judicial decisions demonstrates that all three terms are applied in practice, and virtually with identical meanings.

There are differences of opinions not only among legislators, but also among lawyers: “public hearing” and “pronounced publicly” are indicated in the version of the European Convention published at the popular website Google.ge as “საქვეყნოდ განხილვა” [“Sakvekno Gankh-ilva”] and “საქვეყნოდ გამოცხადება” [“Sakveknod gamot-skhadeba”], whereas legal experts Mr. Konstantin Korke-lia and Mrs. Irine Kurdadze provide the Georgian translation of the same Article 6 as “საჯაროდ განხილვად”

[“Sajarod gankhilvad”] and “საჯაროდ გამოცხადებად” [“Sajarod gamotskhadebad”].⁷ Likewise, the Georgian term “საჯაროება” [“Sajaroeba”] is used in the collection, 3000 copies of which were published for the reformed court system; the editor-in-chief of the legal collection, jurist and the former president of the Supreme Court of Georgia, was Mr. Lado Chanturia⁸. Noted legal experts such as former president of the Supreme court of Georgia and former member of the European Court of Human Rights, Mr. Mindia Ugrekhelidze, Ms. Eva Gotsiridze, member of the High Council of Justice of Georgia; and Ms. Tea Tsulukiani, Minister of Justice of Georgia, prefer⁹ to use terms “საქვეყნოდ განხილვა” [“Sakveknod gankh-ilva”] and “საქვეყნოდ გამოცხადება” [“Sakveknod gamot-skhadeba”] in the translation of the same article. But in the text published under the guidance of the noted jurist, the former president of the Constitutional Court of Georgia, Mr. Avtandil Demetrashvili, which was financed by Human Rights Directorate of the Council of Europe (translated into Georgian by Levan Bodzashvili), both the terms “open hearing” (ღია მოსმენა [Ghia mosmena]) as well as “pronounced in public” (საჯაროდ გამოცხადება [Sajarod gamotskhadeba]) are indicated in the Georgian translation of Article 6¹⁰.

Therefore, if we take into account that introduction of the terms and definition of their meanings fall under the competence of lawyers, it appears that in the process of elaborating Criminal Procedure Code, we also have to agree with the positions on the given issue. In the end, it is of no substantial importance, the choice will be made on “ღიაობა” [“Ghiaoba”] (openness) or “საქვეყნოობა” [“Sakveknoba”] (publicity). However, it will be necessary to use these terms in the legislation and legal literature with clearly defined meaning. (Personally, I prefer the term “საქვეყნოობა” [“Sakveknoba”] (publicity). However, as “ღიაობა” [“Ghiaoba”] (openness) is indicated in the constitution, until that is changed in the “supreme law”, it will be appropriate to apply the given term.

Besides, as far as the question of accessibility to a court judgment is concerned, as I mentioned above, it is true that under the first paragraph of Article 6 of the European Convention on Human rights, “... everyone is entitled to ... public hearing” (“...საქმე ღია (საქვეყნოდ) სხდომაზე განიხილება...” [“...Sakme ghia (sakvekno) skhdomaze ganikhileba”]), and “Judgment shall be pronounced publicly” (განაჩენი ცხადდება საქვეყნოდ (საჯაროდ [ganacheni tskhaddeba salveknod])). But since the meaning of the

⁶ Donna Gomien, Short Guide to the European Convention on Human Rights, Tbilisi, 2002, p.211.

⁷ Konstantine Korkelia, Irine Kurdadze, “International Human Rights Law under the European Convention on Human Rights”, Tbilisi, 2004, p.164-165.

⁸ The Laws of Georgia, International Covenants and Conventions on Human Rights, Tbilisi, 1998.

⁹ Eva Gotsiridze, Mindia Ugrekhelidze, Tea Tsulukiani, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Tbilisi, 2004, p.18.

¹⁰ The Council of Europe and the Protection of Human Rights, Tbilisi, 1998, p.46.

given terms today is noticeably broadened, only public pronouncement of the judgment is not enough and the judgment rendered by the court should be also public, i.e., accessible to everyone. Moreover, the General Administrative Code of Georgia unequivocally establishes that the document in which one of the parties is the state shall not become classified (Subparagraph g of Article 42).

Therefore, if the fundamental human rights law is the directly acting law in our country, it would be extremely reasonable and absolutely fair for us to apply the best and advanced experience of developed countries and also extend “trial in public” and accessibility of complete versions of decisions rendered by the court.

III. Limited Interpretation of Openness (publicity, in public) by the Courts of Georgia and Access to Judgment

Despite the fact that pursuant to the Constitution of Georgia, “Cases before a court shall be considered at an open sitting,” and the principle of “public nature of court sitting” is enshrined in the procedure Code, the courts distribute copies of a judgment only to the parties to the legal proceedings. All other persons including aggrieved parties, if they do not submit written consent of the parties (prosecutor and defendant), are given a copy of the judgment without indicating the identity of the person found guilty (“in a coded form”). This practice is confirmed by the administrative case pertaining to the claim of the defendant E.K. the essence of which is as follows: three persons were detained on the charges of forgery in a building situated at the Freedom Square in Tbilisi on 16 February 2011. The Tbilisi City Court sentenced two of them on 4 November 2011, but the case of the third one – E.K. (the scene of his detention was broadcasted by TV companies) was split as a separate case and it is still kept at the stage of consideration at the court of first instance. The defendant officially demanded from the chairman of the court a copy of the judgment rendered on 4 November 2011 with regard to the other two defendants. However, the identities of guilty persons were “coded”, because of which E.K. was forced to file an administrative claim with the court.

The disputed issue was considered by the same court, against whose chairperson the claim was filed, and the court declined to satisfy the claim on 27 April 2012 (case N3/704-12, 27.04.2012; Judge Tamar Oniani). The Appeal Court also left the given decision in legal force (Case N3b/785-12, 15.08.2012; Judge Nana Chichileishvili), and the Supreme Court of Georgia also followed suit and considered the appealed claim of E. K. as inadmissible.

In connection with the mentioned case, decisions rendered by the courts of Georgia are not sufficiently substantiated and they are brought about by inaccurate interpretation of the legal norms. Furthermore, a motivational part of a court decision is virtually built on contradictory

arguments of one party only and judges did not use the interpretations from the European Convention on Human Rights provided by the claimant.

There is a clear uncertainty with regard to the terms: “openness”, “publicity” and “in public” in the decision of the City Court. Besides, apparently, the court incorrectly understands the essence of “In public” indicated in Article 10 of the Criminal Procedure Code of Georgia and the court links the given term with only the possibility of a person “is entitled to attend the court sittings...,” which does not correspond to modern interpretation of the term “in public” as elucidated in the decisions of the European Court of Human Rights. The famous principle singled out in the form of “in Public” (საჯაროობა [Sajarooba]) in the Criminal Procedure Code is mentioned as “publicly” (საკვეთობა [sakveknoba]), whilst “publicity of judicial acts” is strangely understood as solely denoting “pronouncement of judicial acts in public”¹¹ at the court hall.

The Appeal Court, apart from ignoring the fact that the civil court incorrectly interpreted the law (Criminal Procedure Code, Article 10) which determined “holding a court sitting in public” (see, the last paragraph of the 6th page of the decision and the first and second paragraphs of the 7th page), regrettably, incorrectly interpreted (unreasonably restricted) the term “trial in public”, when it utterly unfoundedly and unreasonably considered that “trial in public is solely the possibility to attend the court sitting,”¹² which contradicts the European standards for the protection of human rights.

Naturally, it is not argued that “privacy” should be protected. Nevertheless, according to the famous interpretations of the European Court, we consider that it is thoroughly reasonable that any interested person should have a possibility to get familiar with a judgment, which contains the data necessary for identifying a guilty person (name, surname, date of birth, and identification number). Tbilisi Court of Appeal upheld an entirely different position on the given issue, for which it applies the law that it should not have applied¹³. In particular, it is true that Article 8 of the European Convention on Human Rights and Article 17 of the International Covenant on “Civil and Political Rights” provided by the court establish the guarantees for the inviolability of private life, but paragraphs 2 of the given Articles allow the interference with private life in the interests of public order and prevention of crime (“the urgent necessity”). Hence, the sanctioned interference with private life may occur as soon as criminal prosecution against a person is instituted or at the stages prior to criminal legal proceedings at court. Moreover, a court judgment of conviction is a cumulative document with the help of which the state, after the completion of legal proceedings of a specific criminal case, based on the evidences submitted

¹¹ Tbilisi City Court, Case N3/704-12, 27.04.2012, p.7, prg. 2.

¹² Tbilisi Appeal Court, Case N3b/785-12, 15.08.2012, p.7, prg.3.

¹³ Tbilisi Appeal Court, Case N3b/785-12, 15.08.2012, p.4, prg.1.

by the prosecutor, shall publicly find a person as guilty at a public sitting.

Therefore, since the court is not directly involved in gathering evidences against a defendant and is solely empowered to find him/her guilty under the Constitution (Article 40.1), it is impossible to consider the pronouncement of a judgment or dissemination of information about identities of persons found guilty by the judgment that has already come into legal force as interference with private life. Stemming from the aforementioned, if the court handed an “encoded” copy of the requested judgment to E. K., the mentioned action should not have infringed in any way the private life of persons convicted by the procedure prescribed by the law. Moreover, E. K. himself is repeatedly mentioned in the judgment.

The court also applied another law (Article 44.1 of the General Administrative Code), which it should not have applied¹⁴. The first paragraph of Article 44 of the General Administrative Code deals with “privacy”, and the court judgment of conviction does not represent a personal secret and does not contain personal data, except for the information necessary for the identification of a person. Besides, it is necessary to unequivocally define the identity of a convicted person in the judgment of conviction so as to ensure general preventive function of a sentence, which implies providing the information to the wider public about the sanction imposed against a specific guilty person to thwart anyone’s intention to commit a similar crime.

Thus, a judgment publicly pronounced by the court in the name of the state at the open sitting unequivocally constitutes public information, classification of which is impermissible under subparagraph g of Article 42 of the General Administrative Code.

Pursuant to Article 6.2 of the European Convention on Human Rights, Article 42.1 of the Constitution of Georgia, and Article 5.1 of the Criminal Procedure Code of Georgia, a person (accused) is presumed as innocent until pronounced guilty by a court. Stemming from the aforementioned, the judgment of conviction pronounced publicly at an open sitting may not be qualified as personal information (personal secret), since identification data of the guilty person provided in the given judgment and legal evaluation of the crime committed by him/her are supposed to be available to every citizen for their information.

Besides, the guilty person is restricted to enjoy a number of rights exactly because that information about his/her criminal record is stored by a special procedure and is accessible for interested persons.

Similarly, in the case of defaulters, any interested person may retrieve information from “the register of creditors”. In addition, information about voters is open and everyone may look up identification data of other citizens in the voters’ list, which is made public by the state. There-

fore, it is absolutely incomprehensible that when the state makes identities of its voters and persons with the status of public debtor, how can it make the names of persons found guilty under the judgments of conviction classified and does not reveal them even to the aggrieved persons, from whom they can request the reparation of the damage incurred¹⁵?

In connection with the abovementioned, the Court of Appeal did not apply the first paragraph of Article 41 of the constitution; it however mentioned this paragraph several times¹⁶. In particular, the given norm clearly defines that “Every citizen of Georgia shall have the right to become acquainted, in accordance with a procedure prescribed by law, with information about him/her stored in state institutions as well as official documents existing there unless they contain state, professional or commercial secret.” Therefore, since the judgment rendered on 04 November 2011 also concerns E. K. (He is virtually indicated as “accomplice to a crime”) and does not contain “state, professional or commercial secret”, E. K. has the right to acquaint himself with a full version of the given judgment.

The Court of Appeal incorrectly interpreted paragraph 2 of Article 41 of the constitution of Georgia, which foresees the instances when consent is required for the issuance of official information¹⁷ (the fourth paragraph of page 10 of the judgment). It is true that the wording of paragraph 2 of Article 41 of the Constitution of Georgia is provided in the judgment and the respective decision of the Constitutional Court. However, the court did not take into account that paragraph 2 of Article 41 is not applied in “the cases prescribed by the law”, and the judgment was strangely understood as those “personal data” that belong to “private issues of a private person”¹⁸ and others do not have access to them without the consent of a person found guilty by the state.

If we interpret the abovementioned norms with the help of semantic, logical, targeted, systemic and historical methods, it should be clear that the judgment rendered in the name of Georgia is exactly that exceptional case, which is foreseen by the law and belongs to the first group of information, the classification of which, apart from the fact that it is allowed by the law itself (The General Administrative Code, Article 42), is absolutely inadmissible in terms of elementary logic. Otherwise, after the court found Anders Breivik guilty for perpetrating the massive killing-spree in the small island of Utøya in Norway, if a journalist makes a request to have a copy of the court judgment, will he/she receive the document “in the coded” form?

¹⁵ Under the Criminal Procedure Code of Georgia, “the aggrieved person” does not represent an independent party and he/she has to file a claim against a guilty person at a court for compensation of the damage incurred.

¹⁶ The Appeal Court, Case N 3b/785-12, 15.08.2012, p.2 prg.4, p.10, prg.4.

¹⁷ The Appeal Court, Case N3b/785-12, 15.08.2012, p.10, prg.4.

¹⁸ The Appeal Court, Case N3b/785-12, 15.08.2012, p.3, prg.2.

¹⁴ Tbilisi Appeal Court, Case N3b/785-12, 15.08.2012, p.11, prg.1.

During the consideration of E. K.'s case, the courts of Georgia incorrectly interpreted subparagraph g of Article 42 of the General Administrative Code, which sets out "public information, the classification of which is inadmissible"¹⁹. Moreover, Tbilisi Court of Appeal as well as City Court strangely "jointly" considered the separate norms (one of which indicates about the secretiveness of public information being inadmissible; the other provides for "secrecy of personal data") regulating two different relations and even resorted to the norms defining "personal secret".

As a result, the City Court rendered an incorrect conclusion, as if "inaccessibility of the judgment is conditioned exactly by personal nature of those data added thereto, which pertain to private issues of private life of a person and it is the value protected by the constitution."²⁰ Then the Court of Appeal "reconfirmed" that "on the one hand, the court is obliged to issue materials on the cases in which the state is a party, but on the other hand, it should not disclose the identification data of a guilty person...",²¹ which is completely unreasonable. By the logic of Tbilisi Court of Appeal, it appears that a full version of the judgment is a classified document as it deals with "private issues of a private person". Hence, we may suppose that in Georgia, persons ("private persons") are punished for "private issues"²², whereas a judgment rendered against a specific guilty person should contain the evidences proving the action punishable by the Criminal Code and the sentence imposed in the name of the state. Despite the aforementioned, the City Court concludes that a full version of the judgment should not be handed to a claimant for the very reason that the claimant "shall be explicitly given an opportunity to identify the guilty persons..."²³

The Court of Appeal failed to provide a well-grounded explanation to the claimant about why the claimant should not be given the possibility to identify the guilty (culprit) unequivocally by the "coded" document issued to him/her, when the person is proved guilty by the court judgment of conviction. From the court's logic, we can infer who is guilty. Apart from the prosecutor and defendant, the guilty will be known to those people who managed to enter the courtroom and heard the judgment with their own ears. As for the judgment, it will be stored in the archives of the court and the interested persons, especially the aggrieved ones, if they fail to present a written notarized consent of the culprit, will be handed a copy of the judgment solely "in a coded" form.

Stemming from all the aforementioned, I believe that the Georgian courts, as a result of incorrect interpretation of legal terms and legal norms envisaged in the legislation,

by neglecting interpretations of the European Court of Human Rights, substantially infringe the human right to become acquainted with judgments rendered in the name of the state, under which concrete persons are proved guilty at an open (public) court sitting.

Besides, the famous case of citizen N. M., when the action of the Supreme Court of Georgia as an administrative body was first appealed at the courts of Georgia and then at the Strasburg court²⁴, has confirmed that it is totally unpromising to launch a dispute against a court administration within the same system of the common courts (In the present case the civil court considered the claim filed against its own chairman.). This violates the right to have one's case considered in an independent and fair trial. In fact, apart from Article 6 of the European Convention on Human Rights, requirement of Article 13 about the necessity to have effective legal remedies within the country is also violated. Stemming from the abovementioned, I believe that it will be reasonable if the High Council of Justice considers the administrative and civil claims filed by citizens against the courts, and the appeals will be brought before the Constitutional Court.

IV. Conclusion

It is known that analysis is one of the methods used for logically perceiving an event, and law and logic are so much intertwined, as "a lawyer's (judge's) argumentation should be consistent, well-founded and free from inner contradictions". Besides, "a lawyer (a judge) should corroborate by providing arguments for his/her own decision, convince the parties about legality and fairness of this decision"²⁵. In the opinion of Stefan Trechsel, "one of the arguments endorsing the necessity for corroboration of the decision made by the court is that when appealing a decision, it is necessary to know what the underlying reason of the decision is. The obligation of corroboration is applied not only to the judgment, but also to any decision by the court. It is noteworthy that in Italy, absence of corroboration of the court decision or absence of the logic in it can be a special ground for appealing it before the cassation."²⁶

Since the court decisions analyzed above contain obvious contradictions and are insufficiently corroborated, I believe that due to the inaccessibility of full versions of court judgments in Georgia to interested persons, the human right to have the case considered at an open (public) sitting, and the right to have access to a court judgment guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights are violated. Besides, if the surnames of the persons proved guilty (convicted) shall be "bar-coded", the aggrieved persons may not be able to know against

¹⁹ Tbilisi City Court, Case N3/704-12, 27.04.2012, p.5, prg.4 and Tbilisi Appeal Court, Case N3b/785-12, 15.08.2012, p.4, prg.4 and 5.

²⁰ Tbilisi City Court, Case N3/704-12, 27.04.2012, p.5, prg.4.

²¹ Tbilisi Appeal Court, Case N3b/785-12, 15.08.2012, p.5, prg.1

²² The Appeal Court, Case N3b/785-12, 15.08.2012, p.3, prg.2.

²³ Tbilisi Appeal Court, Case N3b/785-12, 15.08.2012, p.3, prg.3.

²⁴ Konstantine Korkelia, Application of the European Convention on Human Rights in Georgia, Tbilisi, 2004, p.83.

²⁵ Giorgio Khubua, Theory of Law, Tbilisi, 2004, p.18 and 124.

²⁶ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, Tbilisi, 2009, p.129 and 133.

whom they should file a claim at the court in order to, as it is envisaged in the legislation of Georgia, make the guilty person compensate for the damage incurred

It is a fact that the content of the word “openness” (publicity, in public) mentioned in the first paragraph of Article 6 of the European Convention on Human Rights has been substantially broadened and today it is deemed that only public pronouncement of the judgment rendered by the court is not sufficient and the judgment itself should be public too, i.e., accessible for everyone. Therefore, it shall be extremely reasonable and completely fair to share the advanced experience of the developed countries in Georgia and ensure that “open sittings” or “trial in public”, and accessibility to full versions of the judgments rendered by the courts to all interested persons are reflected in the law. In addition, it would be fair if the High Council of Justice considers administrative and civil claims filed by citizens against the courts, and appeals are lodged with the Constitutional Court.

Legal Analysis of the Ruling №2/1/410, 7 February 2007, of the Constitutional Court of Georgia

I. Introduction

In 2007, the Constitutional Court of Georgia delivered a ruling, which concerned the definition of basic rights to receive information about the state of environment. The delivery of the ruling coincided with the period when the process of policy-making oriented towards economic liberalism and radical deregulation was still ongoing² in Georgia. The ruling was mostly concerned with the legislation on environmental protection.³ This political opportunism was also reflected in the mentioned ruling and the decision made (the claim was found inadmissible because of the lack of confirmation of alleged violation of the basic right) did not comply with the requirements of legal substantiation. The aim of the present article is to analyze a specific ruling of the Constitutional Court of Georgia in order to ensure that the approach of the Court, shown in the given ruling, does not become a precedent for similar cases in the future.

II. Brief Description of the Subject Matter of the Dispute

In the given case, the claimant demanded the declaration of two articles of the Law of Georgia on “Licenses and Permits” (hereinafter referred to as – “LoLP”) as unconstitutional with respect to Article 37 (5) of the Constitution of Georgia.⁴ The claimant’s demands are as follows: a) declaration of Article 20 of the LoLP as unconstitutional since it authorized the license holder to divide user license into several parts and transfer the right to use or its part to other persons for lease or ownership, which, according to the claimant, limited the right of the society to be informed and be included in the decision-making process; b) declaration of Article 26 (1) of the LoLP as unconstitutional since it envisaged the permit issuance via the simple administrative procedure, which, according to the claim-

ant, also limited the constitutional right of the society to be promptly and adequately informed, and be included in the decision-making process.

III. Prerequisites for the Admissibility of a Constitutional Claim that were discussed by the Court

In the abovementioned ruling, the Constitutional Court of Georgia discussed the following prerequisites for the admissibility of a claim: **a)** whether or not a legal person was authorized to lodge a constitutional claim in that particular case; and **b)** whether or not there was an actual possibility that the legal norms in question would infringe the claimant’s fundamental rights and freedoms.

1. Authorized person as the prerequisite for the admissibility of a constitutional claim

With regard to the first issue, the Constitutional Court rightly considered the non-profit legal entity as being authorized to lodge a formal constitutional claim, despite the wording that existed at that time (“every individual has the right...”).⁵ Accordingly, the legal norm provided by Article 37 (5) of the Constitution of Georgia regarding the determination of subjects entitled to certain rights, according to the Court, did not have any problem in the given case.

Herewith, it should also be noted that with the constitutional reform of 2010, the scope of abovementioned subjects was clearly determined. After the reform, not only “an individual”, but also “everyone” became entitled to receive in timely manner information about the state of the environment. The foregoing became the additional positive legal criterion, which makes it easier to define the norm enshrined in Article 45 of the Constitution of Georgia, so that the application of basic rights to legal entities would not depend upon consideration of their contents.⁶

2. Alleged violation of a right as the prerequisite for the admissibility of a constitutional claim

a) Approach of the Constitutional Court of Georgia

In the given ruling, the Constitutional Court of Georgia, based upon the Organic Law of Georgia on “the Constitutional Court of Georgia”⁷, pointed out that for the admission of the constitutional claim, the norm concerned should be the bearer of the possibility that the given rights and freedoms shall be infringed in the future. The Court deems that there is no alleged violation of constitutional rights in the given case, since the claimant “has not addressed the

¹ Doctor of Law; LL.M, I. Javakishvili Tbilisi State University; Academic Director of the Institute of Administrative Sciences.

² Tendencies of Economic Deregulation in Georgia; see: V. Papaava, *Georgian Economy*, 2009, P. 24-34.

³ For the detailed information about this issue, see: K. Kalichava, *Strategic Aspects*, *Journal of Law*, N2, 2012, P.108-109.

⁴ The claimant stated that the disputed norms also contradicted the Convention on “Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters” (Georgia joined the Convention in 2000), according to which the infringement of rights of access to information and public participation in the decision-making is impermissible.

⁵ According to sub-paragraph “f”, paragraph 1 of Article 89 of the Constitution of Georgia.

⁶ For the detailed information on this issue, see: I. Burduli, *Commentary to the Constitution of Georgia*, 2013, Article 45. p. 601.

⁷ See: subparagraph “a” of paragraph 1, Article 39 of the Organic Law of Georgia on “the Constitutional Court of Georgia”.

Court with the application requesting the administrative body to provide him/her with the relevant public information or requesting the Court to involve him/her as a third person in the administrative proceedings. Argumentation of the claimant regarding the alleged violation of his/her rights in the future is practically based upon a supposition that the administrative body, which is authorized to issue a permit, will issue public information and hence violates the norms regulating simple administrative proceedings. This argumentation cannot be accepted by the Court since there is a presumption that the administrative body will comply with the requirements set by the relevant legislation and in that case the Constitutional Court cannot deem any other supposition reasonable.⁸

b) Dogmatic Approaches of Georgian Law

According to Article 39 of the Organic Law of Georgia on “the Constitutional Court of Georgia”, the right to lodge a constitutional claim with the Constitutional Court on the constitutionality of a normative act or its individual provisions shall rest with persons in the following two cases: firstly, if they believe that their rights and freedoms have been violated by the disputed normative act and they have already suffered a damage, which is referred by the Constitutional Court as the “infringement of the rights” of a victim;⁹ and secondly, if they believe that their rights and freedoms recognized under Chapter Two of the Constitution of Georgia may be directly violated, even though they have not yet been affected by the disputed norm but there is an increasing risk that their rights and freedoms will be definitely violated in the future (i.e., the claimant is a “potential victim”).¹⁰

The Constitutional Court of Georgia recognized the possibility for the claimants to lodge a wide range of constitutional claims in 2002 and since then the foregoing constitutes one of the effective measures for the proactive protection of constitutional rights. At the same time, it should be distinguished from *actio popularis* claims, when the claimant disputes the norm just because it *in abstracto* violates fundamental human rights.¹¹ In Georgia, such authority is only conferred upon the Public Defender of Georgia due to its status (*ex officio*). In every other case, the claim should be lodged for the protection of the claimant’s own rights and not of anyone else’s.¹²

IV. A Low Standard of Administrative Proceedings as Potential Violation of the Basic Constitutional Rights (Analysis of the Court Ruling)

1. Article 37 (5) of the Constitution of Georgia represents an egocentric basic procedural right

In order to establish the alleged violation of a basic right, it is essential to determine the direct connection between the disputed norms and the rights of the claimant.¹³ In this regard, the scope of protection of claimant’s relevant basic right should be defined in the first place. In the given case, the matter concerns the basic right envisaged by Article 37 (5) of the Constitution of Georgia, which is a procedural right that is ecocentric in nature.¹⁴

In the first place, it should be noted that with the constitutional reform¹⁵ of 15 October 2010, the scope of protection of this right was widened. The previous wording of the Article provided was as follows: “A person shall have the right to receive complete, objective and timely information pertaining to the state of his/her working and living environment.” As for the new formulation, it provides as follows: “Everyone has the right to receive complete, objective and timely information pertaining to the state of the environment.” Exclusion of working and living environments from the new formulation gave the norm an ecocentric nature¹⁶ rather than the anthropocentric character¹⁷. In addition, the foregoing change, of course, widens the scope of protection of this right as well as the right to access the court.

On the other hand, because of the emphasis made on the timely reception of the information, the norm envisaged by Article 37 (5) of the Constitution of Georgia should be interpreted as also providing for the right of the society to be included in decision-making process regarding environmental issues.¹⁸ The thing is that public participation in decision-making process, according to the principle of

⁸ Ruling №2/1/410 of the Constitutional Court of Georgia, paragraph 1.

⁹ See. J. Khetsuriani, Authority of the Constitutional Court of Georgia in the Field of Fundamental Human Rights Protection, Journal. “Constitutional Law Review”, 2011, №4, pp. 61-62.

¹⁰ *Ibid.*, p. 62.

¹¹ *Ibid.*, p. 62.

¹² G. Kakhiani, Constitutional Control in Georgia, Analysis of the Theory and the Legislation, 2011, p. 202.

¹³ In this regard, also see: J. Khetsuriani, Authority of the Constitutional Court of Georgia in the Field of Protection of Fundamental Human Rights, Journal “Review of the Constitutional Law”, 2011, #4, p. 64.

¹⁴ It is worth mentioning that the basic rights related to environmental protection are indeed procedural rights (G. Handle, Human Rights and Environmental Protection, 1995, p. 356-384, see in: Eide / Krause / Rosa (edit.), Economic, Social and Cultural Rights, 1995); in other cases, they are considered as basic rights to physical integrity (i.e., living in an environment that is safe for one’s health) and to ownership (see: S. Heselhaus, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 2007, S. 29 ff.).

¹⁵ See: Constitutional Law of Georgia dated 15 October 2010, #3710-ლსი, №62, 05.11.2010, Article. 379.

¹⁶ On the Ecocentric and anthropocentric attitudes toward the environment, see: M. Kloepper, Umweltrecht, 2004, § 1 Rn. 19 ff.

¹⁷ It is worth mentioning that in German Law environmental protection, as a government’s objective, is not entirely free from the anthropocentric attitude. (see: S. Heselhaus, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 2007, S. 20 f.).

¹⁸ For reverse opinion, see: Ruling #2/1/410 of the Constitutional Court of Georgia, paragraph 2; Decision №2/1/524 of the Constitutional Court of Georgia. 17 and successive paragraphs.

publicity, also raises the obligation to inform the society beforehand about an upcoming administrative proceeding.¹⁹ Public participation in the ongoing public administrative proceeding ensures the unhindered reception of all sorts of information,²⁰ if it does not include commercial or any other information of that kind.²¹ Thus, it would be correct if we considered the basic right to receive information about the state of the environment not only as the positive obligation of the government, to create the information regarding the protection of the environment, or to make this information accessible to the public,²² but also as the right to be involved in the administrative decision-making process, which would guarantee the receipt of the information regarding the environment in a dynamic regime.²³

2. Low standard of administrative proceeding as the restriction of the right to receive information regarding the state of the environment (Criticism of the Constitutional Court's approach)

As already mentioned above, in the given ruling, the Court categorically rejected the possibility of the restriction of the claimant's right in the future.²⁴ Since the right of access to information regarding the protection of the environment also implies the right to participate in the administrative proceeding²⁵, thus the concept concerning "the protection of basic rights through institutional arrangements and administrative proceedings" should also be acknowledged.²⁶ Therefore, the Court should not have emphasized the fact that the administrative body would have fulfilled its obligations during the simple administrative proceeding and issued the information, but rather should have discussed as to how sufficient was the standard set by the existing legislation for the effective realization of a basic right guaranteed by Article 37 (5) of the Constitution of Georgia. Hence, the Court should have specifically assessed the issue of public administrative proceeding and the prospective involvement of the society, and should not have limited its discussion only to the simple administrative proceeding.

The present criticism of the Constitutional Court's approach addressed only the issue of recognition of the norm as unconstitutional, which provides that the issuance of environmental permits should be conducted as per the public administrative proceedings (Article 20 (1) of the Law of Georgia "on Licenses and Permits"). As for the rec-

ognition of another norm as unconstitutional (Article 20 (1) of the Law of Georgia "on Licenses and Permits"), which entitles the license holder to divide user license into several parts and transfer the right to use or its part to other persons for lease or ownership, the approach of the Court, when it did not confirm the possibility of the alleged violation of claimant's right, is acceptable. The issue as to who will be given the right to use in the future is rather irrelevant since in this kind of relations license conditions that need to be fulfilled are important and not the qualification of the license holder or his/her personal characteristics.

3. Another essential significance of public administrative proceeding in the sphere of environmental protection

Public administrative proceeding is important for the realization of the procedural and material basic rights.²⁷ In the sphere of environmental protection, decision-making process is based upon not only the positive legal regulations, but also on the progressive knowledge existent in this regard, and assessment of alternatives. Public participation in this process has the normative significance since, in case of rejection of the opinions and remarks expressed/made by the society, the administrative body is obliged to have reasoned answers in order to substantiate such rejection, or should take those opinions and remarks into consideration.

In this regard, one of the decisions²⁸ made by the European Court of Justice (ECJ) is quite interesting. In its decision, the Court answered the question raised by the Supreme Court of Slovakia as to whether Article 9 (3) of the Aarhus Convention provided for the possibility for the environmental organizations to appeal the court decision on the grounds that their right to participate was violated. This question was not answered explicitly by the Court²⁹; however, it clearly pointed out that violation of procedural rights of an environmental organization also entitles the foregoing organization to lodge a claim demanding the declaration of the decision void.³⁰ With the aforementioned statement, the Court emphasized the substantive importance of third parties' participation in the administrative proceedings in terms of lawful decision-making.

V. Conclusion

Legal analysis of the Ruling №2/1/410 of the Constitutional Court of Georgia, dated 7 February 2007, lets us make several conclusions. In the first place, the right to receive information regarding the state of the environment, envisaged by Article 37 (5) of the Constitution of Georgia, implies not only the positive obligation of the state to cre-

¹⁹ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, §19, Rn. 18.

²⁰ *Ibid.*, §19, Rn. 21a ff.

²¹ *Ibid.*, §19, Rn. 22.

²² Decision #2/1/524 of the Constitutional Court of Georgia, paragraph 17; Ruling #2/1/410 of the Constitutional Court of Georgia, paragraph 2; B. Kantaria, *Commentary to the Constitution of Georgia*, 2013, article 37, pp. 464-465.

²³ With regard to this issue, see: H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, §19, Rn. 21b ff.

²⁴ See: the same article, 2.4.1.

²⁵ See: the same article, 2.5.1.

²⁶ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, §19, Rn. 9.

²⁷ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, §19, Rn. 9.

²⁸ EuGH, Rs. C-240/09, ob. ZUR, 2011, S. 317 ff.

²⁹ *Ibid.*, Rn. 53, S. 320.

³⁰ *Ibid.*, Rn. 51 f., S. 320.

ate the information regarding the protection of the environment, or to make this information accessible to the public, but also the right to be involved in such an administrative decision-making process, which would guarantee the receipt of the information regarding the environment in a dynamic regime. Especially when this possibility is not envisaged by other basic principles, per se it should be viewed within the scope of protection of any of the basic rights. Hence, in the given case, the Constitutional Court should have admitted the claim for the hearing of a case on its merits and should have established the fact of alleged violation of the aforementioned basic right.

РЕЦЕНЗИЯ

Анаит Манасян

Конституционный контроль (Учебное пособие)

Ереван, изд. «ԻՐԱՎՈՒՆԷՔ» («Право»), 2015,
ISBN 99930-66-18-04

В 2015 году вышло в свет учебное пособие “Конституционный контроль” в соавторстве Председателя Конституционного суда Республики Армения, доктора юридических наук, профессора Гагика Арутюняна и Старшего советника Председателя Конституционного суда Республики Армения, кандидата юридических наук, доцента Анаит Манасян.

Данное учебное пособие, с учетом опубликованных авторами ранее работ в данной сфере, а также опыта преподавания этого предмета, с полнотой и систематичностью рассматривает вопросы, касающиеся конституционного контроля, в частности конституционного правосудия, принимая во внимание современные тенденции конституционного развития, а также в соответствии с требованиями учебных программ и в форме, доступной для студентов.

В процессе подготовки пособия особое внимание было уделено интерактивному методу преподавания, который позволяет студентам стать участниками обсуждения дискуссионных вопросов благодаря сопоставительному анализу тенденций дальнейшего развития системы конституционного правосудия и особенностей их проявления в разных странах.

Предметы “Конституционный контроль” и “Конституционное правосудие” преподаются на юридическом факультете Ереванского государственного университета, в ряде других высших учебных заведений Республики, а также в Академии правосудия Республики Армения.

Данное учебное пособие является основным учебным материалом, на основе которого организовано преподавание указанных предметов во всех вышеупомянутых заведениях.

Пособие полезно также для широких кругов читателей, интересующихся вопросами конституционного права, теории и философии права, политологии, а также для читателей, занимающихся различными проблемами развития общества.

BOOK RECOMMENDATION

Anahit Manasyan

Constitutional review (Textbook)

Yerevan, “Irvunq”, 2015,
ISBN 99930-66-18-04

In 2015 Mr. Gagik Harutyunyan – the President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, Doctor of Law, Professor, and Ms. Anahit Manasyan – Senior Adviser to the President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, Candidate of Law, Associate Professor, published the textbook “Constitutional Review”.

The textbook, taking into account the previously published works of authors regarding the discussed issue, as well as their teaching experience, comprehensively and systematically represents material concerning the constitutional review, in particular, constitutional justice, in accordance with academic curriculum and taking into consideration the current trends of constitutional developments.

A special attention was paid to the interactive teaching methods during the preparation of the textbook, giving the students an opportunity to be engaged in the discussions of debatable issues via the comparative analysis of the further development trends of the constitutional justice system and the peculiarities of their expression in various countries.

The academic courses “Constitutional Review”, “Constitutional Justice” are taught at the Faculty of Law of Yerevan State University, at several other higher education institutions, as well as at the Academy of Justice of the Republic of Armenia.

This textbook is the main educational material for teaching the mentioned courses at the above-noted all institutions.

The textbook is helpful also for a wide range of readers interested in constitutional law, theory and philosophy of law, political science, as well as for readers studying various issues of the development of the society.

