



Дело «Ильнзеер (Inseher) против Германии»¹

(Жалобы №№ 10211/12 и 27505/14)

ПОСТАНОВЛЕНИЕ²

г. Страсбург, 4 декабря 2018 г.

По делу «Ильнзеер против Германии» Европейский Суд по правам человека, заседавая Большой Палатой в составе:

Гвидо Раймонди, *Председателя Большой Палаты Суда*,

Ангелики Нуссбергер,
Линос-Александра Сицилианоса,
Хелены Ядерблом,
Роберта Спано,
Винсента А. де Гаэтано,
Кристины Пардалос,
Пауло Пинто де Альбукерке,
Алеша Пейхала,
Дмитрия Дедова,
Юлии Антоанеллы Моток,
Йона Фридрика Кьёлбро,
Стефани Муру-Викстрём,
Жоржа Раварани,
Алёны Полачковой,
Паулиин Коскело,
Латифа Гусейнова, *судей*,

а также при участии Йохана Каллеварта, *заместителя Секретаря Большой Палаты Суда*,

рассмотрев дело в закрытых заседаниях 29 ноября 2017 г. и 11 июля 2018 г.,

вынес в последнюю указанную дату следующее Постановление:

ПРОЦЕДУРА

1. Дело было инициировано двумя жалобами (№№ 10211/12 и 27505/14), поданными против Федеративной Республики Германия в Европейский Суд по правам человека (далее – Европейский Суд) в соответствии со статьей 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод

(далее – Конвенция) гражданином Федеративной Республики Германия Даниелем Ильнзеером (далее – заявитель) 24 февраля 2012 г. и 4 апреля 2014 г. соответственно.

2. Интересы заявителя, которому была оказана бесплатная юридическая помощь в связи с подачей обеих жалоб, первоначально были представлены по жалобе № 10211/12 адвокатом А. Ахмедом (A. Ahmed), практикующим в г. Мюнхене, а затем по обеим жалобам – адвокатом И.-Я. Тегебауэром (I.-J. Tegebauer), практикующим в г. Трире. Власти Федеративной Республики Германия (далее также – власти государства-ответчика) были представлены их Уполномоченными при Европейском Суде А. Виттлинг-Фогель (A. Wittling-Vogel), Х.-Дж. Беренсом (H.-J. Behrens) и К. Бер (K. Behr), сотрудниками Федерального министерства юстиции и защиты потребителей.

3. Заявитель утверждал, в частности, что его «ретроспективное» превентивное заключение (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*, терминологию см. ниже в §§ 104–106 и 157), назначенное по основному делу, нарушило пункт 1 статьи 5 и пункт 1 статьи 7 Конвенции. Ссылаясь на пункт 1 статьи 6 Конвенции, он далее жаловался на то, что суды государства-ответчика оперативно не приняли решение относительно законности его временного превентивного заключения, а также что судья Р. был предвзят в отношении него в ходе разбирательства основного дела, касавшегося постановления о его «ретроспективном» превентивном заключении.

4. Жалобы были переданы в производство Пятой Секции Суда (пункт 1 правила 52 Регламента Европейского Суда). 26 ноября 2013 г. власти Германии были уведомлены о жалобе № 10211/12. 22 декабря 2014 г. жалоба в части, касающейся постановления о последующем превентивном заключении заявителя, и жалоба № 27505/14 в отношении пристрастности судьи Р. были коммуницированы властям Германии, а в остальной части жалобы были объявлены неприемлемыми для рассмотрения по существу в соответствии с пунктом 3 правила 54 Регламента Европейского Суда.

5. 2 февраля 2017 г. Палата Пятой Секции Европейского Суда в следующем составе: Эрика Мёсе, Председателя, Ангелики Нуссбергер, Анны Юдковской, Фариса Вехабовича, Йонко Грозева, Шюфры О'Лири и Мартиньша Митса, судей, а также при участии Милана Блашко, заместителя Секретаря Секции Суда, – единогласно решила объединить рассмотрение жалоб в одном производстве. Палата Европейского Суда исключила часть жалоб из списка подлежащих рассмотрению дел после односторонней декларации властей государства-ответчика, поданной в контексте статьи 5 и пункта 1 статьи 7 Конвенции и относящейся к превентивному заключению заявителя в период с 6 мая 2011 г. и по 20 июня 2013 г., и объявила жалобу в остальной части приемлемой для рас-

¹ Перевод с английского языка В.А. Власихина.

² Настоящее Постановление вступило в силу 4 декабря 2018 г. в соответствии с пунктом 1 статьи 44 Конвенции (*примеч. редактора*).

смотрения по существу. Палата Европейского Суда далее единогласно постановила, что по делу властями Германии не было допущено нарушений пункта 1 статьи 5 и пункта 1 статьи 7 Конвенции в связи с превентивным заключением заявителя в период с 20 июня 2013 г. и далее. Кроме того, Палата Европейского Суда единогласно решила, что по делу не было допущено нарушений пункта 4 статьи 5 Конвенции в отношении продолжительности производства по проверке законности и обоснованности временного превентивного заключения заявителя и пункта 1 статьи 6 Конвенции в связи с предположительным отсутствием беспристрастности судьи Р. в основном деле, завершившемся вынесением постановления о новом превентивном заключении заявителя.

6. 15 марта 2017 г. в соответствии со статьей 43 Конвенции и правилом 73 Регламента Европейского Суда заявитель ходатайствовал о передаче дела на рассмотрение Большой Палатой Европейского Суда. 29 мая 2017 г. коллегия судей Большой Палаты Европейского Суда удовлетворила это ходатайство.

7. Состав Большой Палаты Европейского Суда был определен согласно пунктам 4 и 5 статьи 26 Конвенции и правилу 24 Регламента Европейского Суда. На первом заседании по делу Стефани Муру-Викстрём, запасная судья, заменила Ишиль Каракаш, которая не могла принимать участие в дальнейшем рассмотрении дела (пункт 3 правила 24 Регламента Европейского Суда).

8. Заявитель и власти Германии представили меморандумы по существу дела (пункт 1 правила 59 Регламента Европейского Суда). Кроме того, комментарии были получены от третьей стороны, организации «Европейская сеть по судебной защите прав заключенных» (*European Prison Litigation Network*, далее – *EPLN*), которой 30 августа 2017 г. Председателем Большой Палаты Европейского Суда было предоставлено разрешение на участие в письменном производстве по делу (пункт 2 статьи 36 Конвенции и пункты 3 и 4 правила 44 Регламента Европейского Суда).

9. Открытое слушание по делу состоялось 29 ноября 2017 г. во Дворце прав человека в г. Страсбурге (пункт 3 правила 59 Регламента Европейского Суда).

В заседании Большой Палаты Европейского Суда приняли участие:

(а) со стороны властей Германии:

А. Виттлинг-Фогель, сотрудник Федерального министерства юстиции и защиты потребителей,

К. Бер, сотрудник Федерального министерства юстиции и защиты потребителей, представители,

Т. Гигерих (T. Giegerich), профессор права Европейского союза, публичного международного права и публичного права, Саарский университет, советник,

Р. Вибиг-Элерт (P. Viebig-Ehlert), сотрудник Федерального министерства юстиции и защиты потребителей,

К. Мюллер (K. Müller), заведующая кафедрой права Европейского союза, международного публичного права и публичного права, Саарский университет,

Б. Бёзерт (B. Bösert), Федеральное министерство юстиции и защиты потребителей,

К.-С. Хаазе (C.-S. Haase), Федеральное министерство юстиции и защиты потребителей,

С. Бендер (S. Bender), сотрудник Министерства юстиции Баварии,

А. Стегманн (A. Stegmann), сотрудник Министерства юстиции Баварии, консультанты;

(b) со стороны заявителя:

И.-Я. Тегебауэр, адвокат,

М. Мавани (M. Mavany), советник,

Д. Тёрних (D. Thörnich), консультант.

Европейский Суд заслушал выступления Тегебауэра, Мавани и Гигериха, а также их ответы на вопросы судей.

ФАКТЫ

I. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

10. Заявитель родился в 1978 году и в настоящее время содержится под стражей в центре превентивного заключения на территории тюрьмы «Штраубинг» (далее – центр превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг»).

А. ПРЕДЫСТОРИЯ ДЕЛА: ОСУЖДЕНИЕ ЗАЯВИТЕЛЯ И ПЕРВОЕ ПОСТАНОВЛЕНИЕ О ЕГО ПОСЛЕДУЮЩЕМ ПРЕВЕНТИВНОМ ЗАКЛЮЧЕНИИ

11. 29 октября 1999 г. Суд земли в г. Регенсбурге (Regensburg) (далее – Суд земли) признал заявителя виновным в убийстве и, применив уголовное законодательство, касающееся несовершеннолетних правонарушителей, приговорил его к 10 годам лишения свободы. Было установлено, что в 1997 году 19-летний молодой человек задушил женщину, бегавшую в лесу по тропинке, с помощью провода, ветки дерева и руками, частично раздел мертвую или умирающую жертву и затем мастурбировал над ней. Суд земли, получив заключения двух медицинских экспертов, решил, что на действия заявителя полностью распространялась уголовная ответственность, когда он убивал женщину для сексуального удовлетворения и для того, чтобы скрыть свое предполагаемое изнасилование. Суд земли отметил, что, несмотря на соответствующие признаки, оба эксперта не смогли сделать вывод о том, что заяви-

тель страдает сексуальной девиацией, поскольку он сделал несколько высказываний о мотивах своего преступления.

12. 12 июля 2008 г. вступило в силу новое законодательное положение – пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних. Оно санкционировало назначение последующего превентивного заключения (см. терминологию ниже в §§ 104–106 и 157) лиц, осужденных в соответствии с уголовным законодательством, касающимся несовершеннолетних правонарушителей (см. ниже §§ 54–57).

13. С 17 июля 2008 г. и далее, после того, как он отбыл полный тюремный срок, заявителю было назначено временное превентивное заключение согласно части пятой статьи 275(а) Уголовно-процессуального кодекса Федеративной Республики Германия (далее – Уголовно-процессуальный кодекс) (см. ниже § 61).

14. 22 июня 2009 г. Суд земли под председательством судьи Р. назначил заявителю последующее превентивное заключение согласно подпункту 2 пункта 1 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних, взятом во взаимосвязи с пунктом 1 статьи 105 Закона о судах по делам несовершеннолетних (см. ниже §§ 56 и 59). Суд земли, принимая во внимание заключения эксперта-криминалиста (Во.) и эксперта-психиатра (Ва.), установил, что у заявителя по-прежнему остаются жестокие сексуальные фантазии и что существует высокий риск того, что в случае освобождения он вновь совершит серьезные преступления сексуального характера, включая убийство для сексуального удовлетворения. 9 марта 2010 г. Верховный федеральный суд Германии оставил без удовлетворения кассационную жалобу заявителя на постановление Суда земли.

15. 4 мая 2011 г. Федеральный конституционный суд Германии в своем ведущем постановлении удовлетворил конституционную жалобу заявителя. Он отменил постановление Суда земли от 22 июня 2009 г. и решение Верховного федерального суда Германии от 9 марта 2010 г. и вернул дело на новое рассмотрение в Суд земли. Федеральный конституционный суд Германии далее отметил, что постановление о временном превентивном заключении заявителя, которое лишилось цели после того, как постановление о последующем превентивном заключении заявителя в основном деле вступило в законную силу, было неконституционным (дела №№ 2 BvR2333/08 и 2 BvR1152/10 соответственно). Федеральный конституционный суд Германии установил, что оспариваемые судебные акты нарушали право на свободу и конституционную защиту законных ожиданий, гарантированных в государстве, руководствующемся принципом верховенства права (см. подробнее ниже в §§ 68–75).

В. ПРОИЗВОДСТВО В ЕВРОПЕЙСКОМ СУДЕ ПО ЖАЛОБЕ № 10211/12, КАСАВШЕЙСЯ ВОПРОСА О ВРЕМЕННОМ ПРЕВЕНТИВНОМ ЗАКЛЮЧЕНИИ ЗАЯВИТЕЛЯ

1. Производство в Суде земли

16. 5 мая 2011 г. заявитель ходатайствовал о том, чтобы Суд земли распорядился о его немедленном освобождении из-под стражи. Он утверждал, что после вынесения Постановления Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г., которое отменило постановление суда, которым было назначено его последующее превентивное заключение, для его содержания под стражей более не имелось каких-либо правовых оснований.

17. 6 мая 2011 г. Суд земли, удовлетворяя ходатайство прокуратуры от 5 мая 2011 г., вновь назначил заявителю временное превентивное заключение в соответствии с пунктом 4 статьи 7 и пунктом 1 статьи 105 Закона о судах по делам несовершеннолетних во взаимосвязи с первым предложением пункта 5 статьи 275(а) Уголовно-процессуального кодекса (см. ниже §§ 59 и 61). Суд земли счел, что временное превентивное заключение заявителя было необходимо, поскольку имелись веские основания предполагать, что ему будет назначено последующее превентивное заключение в силу подпункта 1 пункта 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних в свете Постановления Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г.

18. Документами от 27 июня 2011 г., полученными Судом земли 29 июня 2011 г., заявитель подал апелляционную жалобу на решение Суда земли, по которому он предоставил дополнительные доводы 15, 19, 22, 25 и 26 июля 2011 г. Заявитель утверждал, в частности, что его временное превентивное заключение было незаконным.

19. 4 июля 2011 г. Суд земли отказался изменить свое постановление от 6 мая 2011 г.

2. Производство в Суде кассационной инстанции г. Нюрнберга

20. 16 августа 2011 г. Суд кассационной инстанции г. Нюрнберга (далее – Суд кассационной инстанции) оставил без удовлетворения жалобу заявителя как необоснованную. Он принял во внимание (i) ходатайство, поданной генеральной прокуратурой г. Нюрнберга 20 июля 2011 г. с просьбой оставить без удовлетворения жалобу заявителя, (ii) выводы о фактах, сделанные Судом земли в его постановлении от 22 июня 2009 г., (iii) заключения двух медицинских экспертов в ходе разбирательства, приведшие к вынесению постановления от 22 июня 2009 г., (iv) заключения двух других экспертов, сделанные в ходе предыдущих раз-

бирательств, относительно психического состояния заявителя и степени опасности для общества, которую он представлял, а также (v) новые ограничительные стандарты, установленные Федеральным конституционным судом Германии в его Постановлении от 4 мая 2011 г.

21. 29 августа 2011 г. Суд кассационной инстанции оставил без удовлетворения жалобу заявителя в отношении нарушения его права быть заслушанным судом и его возражения относительно постановления суда от 16 августа 2011 г. Копия постановления суда была вручена адвокату заявителя 6 сентября 2011 г.

3. Производство в Федеральном конституционном суде Германии

22. 7 сентября 2011 г. заявитель обратился в Федеральный конституционный суд Германии с жалобой на постановление Суда земли, датированное 6 мая 2011 г., как оно было оставлено без изменения Судом кассационной инстанции. Заявитель просил приостановить исполнение этих решений в качестве обеспечительной меры до тех пор, пока Федеральный конституционный суд Германии не вынесет свое постановление. Заявитель утверждал, в частности, что его право на незамедлительное принятие решения, закрепленное в конституционном праве на свободу, не было соблюдено в ходе разбирательства, касавшегося проверки законности и обоснованности его временного превентивного заключения.

23. 18 октября 2011 г. Федеральный конституционный суд Германии коммуницировал конституционную жалобу заявителя Правительству земли Бавария, председателю Верховного федерального суда Германии и генеральному прокурору при последнем указанном суде.

24. 25 октября 2011 г. Федеральный конституционный суд Германии в мотивированном постановлении отказался с помощью обеспечительной меры приостановить исполнение постановления о временном превентивном заключении заявителя.

25. Процессуальными представлениями от 1 января 2012 г. заявитель ответил на доводы Правительства земли Бавария, председателя Верховного федерального суда Германии и генерального прокурора этого суда, сделанные в ходе судебных слушаний 28, 24 и 25 ноября¹ 2011 г. соответственно.

26. 22 мая 2012 г. Федеральный конституционный суд Германии, не формулируя мотивировку, отказался рассматривать конституционную жалобу заявителя (дело № 2 BvR1952/11). Копия данного решения была вручена адвокату заявителя 30 мая 2012 г.

4. Последующие события

27. 17 ноября 2011 г. заявитель подал новое ходатайство о судебной проверке законности и обоснованности его временного превентивного заключения. Постановлением от 28 ноября 2011 г. Суд земли оставил в силе временное превентивное заключение заявителя, как оно было назначено 6 мая 2011 года. Суд кассационной инстанции 2 января 2012 г. оставил без удовлетворения жалобу заявителя на это постановление.

С. ПРОИЗВОДСТВО В ЕВРОПЕЙСКОМ СУДЕ ПО ЖАЛОБЕ № 27505/14, КАСАВШЕЙСЯ ОСНОВНОГО ПРОИЗВОДСТВА ПО ВОПРОСУ ПОСЛЕДУЮЩЕГО ПРЕВЕНТИВНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ ЗАЯВИТЕЛЯ

1. Производство в Суде земли

(а) Решение по ходатайству заявителя о предвзятости судьи

28. В возобновленном производстве в Суде земли после передачи ему дела (см. выше § 15) заявитель обратился в суд с ходатайством в отношении предвзятости судьи Р. Последний входил в состав Суда земли, который 22 июня 2009 г. назначил заявителю последующее превентивное заключение (см. выше § 14). Заявитель утверждал, что 22 июня 2009 г. судья Р. в отношении него сказал его защитнице сразу после вынесения решения Суда земли, назначившего последующее превентивное заключение заявителя, следующее: «Учтите, что после того, как он будет освобожден, вы не увидите его стоящим перед вашими дверями, ожидая, чтобы поблагодарить вас». Он утверждал, что это высказывание было сделано в ходе обсуждения *in camera* между судьями Суда земли и двумя адвокатами заявителя по поводу возможности перевода заявителя в психиатрическую больницу после вынесения решения этого суда.

29. Судья Р. в объяснении от 13 декабря 2011 г. к ходатайству заявителя по поводу своей предвзятости пояснил, что он помнит, как обсуждал возможность перевода заявителя в психиатрическую больницу на более позднем этапе, после вынесения решения. Однако учитывая, сколько прошло времени, он не может воспроизвести ни точного содержания дискуссии, ни контекста, в котором он предположительно произнес обжалуемое высказывание.

30. 2 января 2012 г. Суд земли оставил без удовлетворения ходатайство заявителя по поводу предвзятости судьи. Он указал, в частности, что, даже если считать, что заявитель установил к удовлетворению суда, что судья Р. допустил такое высказывание, не возникло объективно обоснованных сомнений в отношении беспристрастности

¹ Такая последовательность дат в тексте (примеч. редактора).

Р. в результате этого высказывания. Даже если предположить, что заявитель мог разумно рассматривать смысл слова «поблагодарить» в приведенном выше контексте как означающий, что заявитель может совершить насильственное преступление, следует отметить, что Судом земли, включая судью Р., только что было установлено, что у заявителя всё еще остаются мысли о сексуальном насилии и что в то время существовал высокий риск того, что он снова совершит серьезные преступления против жизни и насильственные действия сексуального характера. Предполагая, что судья Р. действительно допустил это высказывание, его «совет», таким образом, по существу представлял собой не что иное, как применение выводов Суда земли к конкретному случаю. Данное высказывание было произнесено в контексте конфиденциального обмена мнениями между участниками дела в отсутствие заявителя. Судья Р. мог ожидать, что женщина-адвокат будет интерпретировать его слова вышеупомянутым образом в этом контексте.

31. Кроме того, высказывание судьи Р. отражало его точку зрения на дату вынесения постановления Суда земли от 22 июня 2009 г. В этом отношении не усматривается, что судья Р. не был готов принять беспристрастное решение в ходе разбирательства, имевшего место более чем через два года после оспариваемого высказывания и после завершения нового основного слушания. Тот факт, что судья Р. ранее рассматривал дело заявителя, сам по себе не делал его предвзятым.

(b) Новое постановление о последующем превентивном заключении заявителя

32. 3 августа 2012 г. Суд земли, проведя слушания в течение 24 дней, вновь назначил заявителю последующее превентивное заключение.

33. Суд земли основывал свое 164-страничное постановление на подпункте 1 пункта 2 статьи 7 и пункте 1 статьи 105 Закона о судах по делам несовершеннолетних во взаимосвязи с Постановлением Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 года. Суд земли счел, во-первых, что всесторонняя оценка личности заявителя, совершенного им преступления и, кроме того, его исправление в ходе исполнения наказания, относящегося к несовершеннолетним правонарушителям, выявили высокую опасность того, что заявитель в силу конкретных обстоятельств, связанных с его личностью или поведением, в случае освобождения может совершить наиболее тяжкие виды насильственных преступлений и преступлений сексуального характера, аналогичные тем, в совершении которых он был признан виновным.

34. Во-вторых, Суд земли установил, что заявитель страдал психическим расстройством, понимаемым для целей пункта 1 статьи 1 Закона о терапевтическом заключении под стражу (см. ниже

§ 85), а именно сексуальным садизмом. С учетом практики Верховного федерального суда Германии и Федерального конституционного суда Германии Суд земли решил, что, хотя простой «акцентуации личности» недостаточно для того, чтобы представлять собой психическое расстройство по смыслу указанного закона, такое расстройство не должно быть настолько серьезным, чтобы исключить или сократить уголовную ответственность соответствующего лица для целей статей 20 и 21 Уголовного кодекса Федеративной Республики Германия (далее – Уголовный кодекс) (см. ниже §§ 82–83 и 88–89). Принимая во внимание, что сексуальный садизм, которым страдал заявитель, имел тяжкий характер и оказал существенное влияние на его развитие с подросткового возраста, это было психическое расстройство в значении Закона о терапевтическом заключении под стражу.

35. Суд земли основывал свое мнение на заключениях двух опытных независимых медицинских экспертов, с которыми он консультировался, К. и Ф., которые являлись профессорами и докторами в области психиатрии и психотерапии в двух различных университетских больницах. Один из экспертов, К., был твердо убежден в том, что заявитель продолжает страдать сексуальным садизмом, тогда как другой эксперт, Ф., сформулировал свои выводы более осторожно, утверждая, что заявитель определенно страдал сексуальным садизмом в 2005 году и что нельзя ожидать, что это психическое расстройство может исчезнуть.

36. Учитывая выводы данных экспертов, а также нескольких других медицинских экспертов, которые ранее обследовали заявителя после его задержания после совершения преступления, Суд земли был убежден в том, что с 17 лет у заявителя были сексуальные фантазии, включающие насилие, связанные с удушением женщин. Заявитель страдал расстройством сексуального поведения, а именно сексуальным садизмом, как описано в соответствующем документе классификации заболеваний, Международной статистической классификации заболеваний и проблем, связанных со здоровьем в его текущей версии (МКБ-10)¹. Это расстройство вызывало его жестокое преступление и проявилось в его совершении, и всё еще сохранялось. Суд земли в связи с выводами экспертов отметил, что в ходе судебного разбирательства в суде первой инстанции в 1999 году заявитель скрывал садистские мотивы своего преступления. Суд земли, несмотря на некоторые признаки сек-

¹ Международная статистическая классификация заболеваний и проблем, связанных со здоровьем (десятое издание), документ МКБ-10, издается Всемирной организацией здравоохранения. МКБ является международным документом стандартов для классификации заболеваний и состояний здоровья. Он определяет заболевания, расстройства, травмы и другие связанные с ними состояния здоровья, перечисленные всеобъемлющим, иерархическим образом.

суального отклонения, истолковал это преступление как умышленное изнасилование, которое не удалось. Заявитель, который представлял отличающиеся версии мотивов своего преступления, лишь в 2005–2006 годах в ходе его обследования психологом и психиатром признался в том, что в процессе убийства он реализовал на практике усиливающиеся фантазии об осуществлении власти над женщинами путем нападения им на шею и мастурбацией над их безжизненными телами. Новые показания заявителя, касающиеся его фантазий, в большей степени согласуются с выводами суда первой инстанции относительно того, каким образом было совершено преступление.

37. Судом земли далее отмечалось, что терапия, которой следовал заявитель вплоть до 2007 года, в частности, социальная терапия, которую эксперты К. и Ф. считали подходящим средством для исправления его состояния, была безуспешной. Несмотря на то, что заявитель, по-видимому, в принципе не отказывался от дальнейшей терапии, в настоящее время он не проходил какого-либо курса лечения. В 2010–2011 году он, в частности, возражал против ходатайства прокуратуры о переводе его в психиатрическую больницу в соответствии с частями первой и второй статьи 67(а) Уголовного кодекса (см. ниже § 67), чтобы лечить его состояние в другой обстановке. Он также отказался от встреч, направленных на разработку новой индивидуальной терапевтической программы в связи с проходящим судебным процессом.

2. Производство в Верховном федеральном суде Германии

38. В кассационной жалобе на постановление Суда земли от 3 августа 2012 г. заявитель указал на незаконность его «ретроспективного» превентивного заключения и на тот факт, что оно было вынесено при участии предвзятого судьи Р.

39. 5 марта 2013 г. Верховный федеральный суд Германии оставил без удовлетворения кассационную жалобу заявителя как необоснованную.

3. Производство в Федеральном конституционном суде Германии

40. 11 апреля 2013 г. заявитель обратился с конституционной жалобой в Федеральный конституционный суд Германии. Он жаловался, в частности, на то, что «ретроспективное» постановление о его превентивном заключении нарушило запрет на назначение наказаний задним числом в соответствии с Основным законом Федеративной Республики Германия и пунктом 1 статьи 7 Конвенции. Кроме того, это постановление не соответствовало его конституционному праву на личную свободу, защите законных ожиданий в государстве, руководствующемуся принципом верхо-

венства права, и пункту 1 статьи 5 Конвенции. Он далее утверждал, что его конституционное право на суд, созданный на основании закона, было нарушено из-за того, что судья Р. был настроен против него.

41. 5 декабря 2013 г. Федеральный конституционный суд Германии отказался рассматривать конституционную жалобу заявителя без указания каких-либо мотивов (дело № 2 BvR813/13).

Д. ПОСЛЕДУЮЩИЕ СОБЫТИЯ

42. Суд земли впоследствии с регулярными интервалами проверял необходимость превентивного заключения заявителя. Суд земли 18 сентября 2014 г., 2 марта 2016 г. и 6 апреля 2017 г. принимал решения о том, что содержание заявителя под стражей должно быть продолжено, так как его психическое расстройство и вытекающая из этого опасность его личности сохранялись. Каждое из этих решений основывалось на заключении нового эксперта-психиатра, и все эксперты, с которыми проводились консультации, ставили заявителю диагноз «сексуальный садизм». Заявитель в настоящее время по-прежнему содержится в превентивном заключении.

Е. УСЛОВИЯ СОДЕРЖАНИЯ ЗАЯВИТЕЛЯ ПОД СТРАЖЕЙ ДО И ВО ВРЕМЯ ИСПОЛНЕНИЯ ПОСТАНОВЛЕНИЯ О ПРЕВЕНТИВНОМ ЗАКЛЮЧЕНИИ

43. Во время исполнения наказания в виде 10 лет лишения свободы (вплоть до июля 2008 года) заявитель, в частности, содержался под стражей в социально-терапевтическом отделении для лиц, совершивших преступления сексуального характера, тюрьмы «Санкт-Георген-Байройт» (*Bayreuth*¹) с 2001 по 2007 год, где он прошел курс социальной терапии. Поскольку он не проходил курс терапии с необходимыми искренностью и мотивацией, основная проблема его девиантных сексуальных фантазий не могла быть устранена, и терапия не была успешно завершена. В 2007 году он был переведен в социально-терапевтическое отделение для лиц, совершивших преступления сексуального характера, в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», где новая попытка лечить его также оказалась безуспешной из-за отсутствия у заявителя мотивации в отношении различных методов терапии.

44. Во время исполнения первого постановления о превентивном заключении, вынесенного 22 июня 2009 г., заявитель возражал против ходатайства прокуратуры перевести его в психиатрическую больницу в соответствии с частями первой

¹ Точнее: St. Georgen Bayreuth Prison (примеч. редактора).

и второй статьи 67(а) Уголовного кодекса (см. ниже § 67) в целях дальнейшего улучшения его реабилитации путем прохождения лечения в этой больнице. Кроме того, он отклонил предложение о дальнейшем прохождении терапевтической программы в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг».

45. 7 мая 2011 г., после отмены первого постановления о превентивном заключении и вынесения нового постановления о временном превентивном заключении заявителя, он был переведен из блока для лиц, содержащихся в превентивном заключении в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», в блок для лиц, предварительно содержащихся под стражей. В результате заявитель утратил привилегии для лиц, содержащихся в превентивном заключении. В частности, он более не мог проходить какой-либо курс терапии. 13 сентября 2011 г. его перевели обратно в блок превентивного заключения в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», и снова содержали там до 20 июня 2013 г., где ему предложили пройти курс социальной терапии. Он отказался это сделать.

46. С 20 июня 2013 г. заявителя содержали во вновь построенном центре превентивного заключения в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг». В этом учреждении, которое расположено в отдельном огороженном комплексе на территории тюрьмы «Штраубинг» и может вместить до 84 заключенных, работает больше сотрудников, чем в самой тюрьме «Штраубинг», а именно один психиатр, семь психологов, один врач-терапевт, четыре медсестры, семь социальных работников, один адвокат, один учитель, один тюремный инспектор, 44 сотрудника тюрьмы и четыре административных сотрудника, обеспечивающих содержание заключенных. Заключенные с 6.00 до 22.30 могут находиться вне своих камер, площадь каждой из которых в настоящее время составляет 15 кв. м (по сравнению примерно с 10 кв. м ранее), и теперь включают кухонный блок и отдельную ванную комнату.

47. В центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг» заключенные получают медицинское и терапевтическое лечение специализированным персоналом в соответствии с индивидуальным планом лечения. Варианты лечения были значительно расширены по сравнению с теми, которые предлагались в ходе предыдущего режима превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг». Заявитель первоначально отказался от всех видов терапевтического лечения в данном центре, включая индивидуальную или групповую социальную терапию, участие в программе интенсивного лечения лиц, совершивших преступления сексуального характера, и терапию, проводимую независимым психиатром. Он приступил к индивидуальной психотерапии только после периода, охватываемого

рассматриваемым в настоящем деле разбирательством, с 10 июня 2015 г. до 30 июня 2017 г., с участием психолога из центра превентивного заключения.

II. СООТВЕТСТВУЮЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ГЕРМАНИИ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА

A. ОБЩАЯ ПРАВОВАЯ ОСНОВА РЕЖИМА ПРЕВЕНТИВНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ

48. В соответствии с устоявшейся правовой традицией Уголовный кодекс Федеративной Республики Германия проводит различие между наказаниями (*Strafen*) и так называемыми мерами исправления и профилактики (*Maßregeln Der Besserung und Sicherung*) для борьбы с противоправными деяниями. В таком двойном подходе системы санкций наказания (см. статью 38 и последующие Уголовного кодекса) в основном это сроки лишения свободы и штрафы, которые устанавливаются в соответствии с виной подсудимого (часть первая статьи 46 Уголовного кодекса). К мерам исправления и профилактики (см. статью 61 и последующие Уголовного кодекса) относятся главным образом помещения в психиатрическую (статья 63) либо в наркологическую больницу (статья 64) или превентивное заключение (статья 66 и последующие). Цель этих мер – исправление опасных правонарушителей и защита от них общества. Данные наказания могут быть назначены преступникам, несущим уголовную ответственность, в дополнение к назначенному им наказанию (см. для сравнения статьи 63 и последующие Уголовного кодекса). Однако эти меры должны быть соразмерны тяжести преступлений, совершенных или совершение которых предполагается, а также степени исходящей от них опасности (статья 62 Уголовного кодекса).

49. В соответствии с законодательством Германии в отношении лиц, совершивших преступление и действующих с полной уголовной ответственностью или с ограниченной уголовной ответственностью, может быть вынесено постановление о превентивном заключении (см. статью 66 и последующие Уголовного кодекса). Первоначально постановление о превентивном заключении может быть вынесено только судом по уголовным делам в момент осуждения обвиняемого в дополнение к сроку лишения свободы. Согласно статье 66 Уголовного кодекса для этого требуется, чтобы подсудимый был осужден судом по уголовным делам за совершение преступления определенной тяжести (как указано законом) и чтобы в силу своей склонности к совершению тяжких преступлений подсудимый представлял опасность для общества. В соответствии с законом, действовавшим до 31 января 1998 г. (часть первая статьи 67(d) Уголовного

кодекса), первый срок превентивного заключения подсудимого не может превышать 10 лет. После внесения изменений в закон этот максимальный срок был отменен (см. подробнее Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии» (M. v. Germany), жалоба № 19359/04, §§ 49–54, ECHR 2009).

50. В 2004 году в Уголовный кодекс была включена новая статья 66(b), разрешающая назначение последующего превентивного заключения взрослым правонарушителям. Превентивное заключение с этого периода может применяться к взрослым правонарушителям, в отношении которых суд первой инстанции не вынес постановления о превентивном заключении, признав их виновными в совершении некоторых тяжких преступлений. Такие постановления могут выноситься отдельно и впоследствии, после вынесения судом первой инстанции приговора, если до истечения срока тюремного заключения будут получены доказательства, свидетельствующие о том, что соответствующий заключенный представляет серьезную опасность для общества. Законом, вступившим в силу 1 января 2011 г., законодатель существенно ограничил условия, при которых превентивное заключение может быть назначено позже (см. подробнее Постановление Европейского Суда по делу «В. против Германии» (V. v. Germany) от 19 апреля 2012 г., жалоба № 61272/09, §§ 33–35).

51. В 2008 году пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних, норма закона, о которой идет речь в настоящем деле, вступил в силу, разрешая назначение последующего превентивного заключения и несовершеннолетним правонарушителям (см. подробнее ниже §§ 54–58).

52. В дополнение к вышеупомянутым недавним реформам режима превентивного заключения в 1998, 2004 и 2008 годах в законодательство были внесены дальнейшие поправки после вынесения упоминавшихся выше Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии» и Постановления Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г. (см. ниже §§ 68–75). Эти изменения были вызваны, в частности, принятием Закона о реформе превентивного заключения (*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*) от 22 декабря 2010 г., включавшего новый Закон о терапевтическом заключении под стражу (см. ниже §§ 85–89) и вступившего в силу 1 января 2011 г., и принятием Закона о превентивном заключении (отличие от лишения свободы), который вступил в силу 1 июня 2013 г. (см. ниже §§ 78 и последующие).

53. Что касается порядка исполнения мер исправления и профилактики в целом, то в части первой статьи 463 Уголовно-процессуального кодекса предусматривается, что положения об исполнении сроков лишения свободы применяют-

ся, *mutatis mutandis*, к исполнению мер исправления и профилактики, если не предусмотрено иное.

В. ПОСТАНОВЛЕНИЯ О ПРЕВЕНТИВНОМ ЗАКЛЮЧЕНИИ, ВЫНЕСЕННЫЕ В ОТНОШЕНИИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ И МОЛОДЫХ ЛЮДЕЙ

1. Постановление о последующем превентивном заключении молодых правонарушителей

54. Первоначально Закон о судах по делам несовершеннолетних не разрешал выносить постановления о превентивном заключении в отношении несовершеннолетних (лиц в возрасте от 14 до 18 лет) или молодых людей в возрасте от 18 лет до 21 года (см. пункт 2 статьи 1 Закона о судах по делам несовершеннолетних), к кому применяется уголовное законодательство, касающееся молодых правонарушителей. С 29 июля 2004 г., после внесения поправки в статью 106 Закона о судах по делам несовершеннолетних, последующее превентивное заключение может быть назначено молодым людям в возрасте от 18 лет до 21 года, которые были осуждены в соответствии с обычным уголовным законодательством, применяемым для взрослых правонарушителей.

55. В силу Закона о введении последующего превентивного заключения для осуждений по уголовному закону, касающемуся молодых правонарушителей (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht*) от 8 июля 2008 г., который вступил в силу 12 июля 2008 г., пункт 2 статьи 7 был включен в Закон о судах по делам несовершеннолетних.

56. Пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних в редакции, действовавшей до 31 мая 2013 г., предусматривал следующее:

«Если после назначения наказания, применимого к молодым правонарушителям, сроком не менее семи лет за... тяжкое преступление

1) против жизни, физической или половой неприкосновенности, или

2) ...¹

которым потерпевшему был причинен серьезный психический или физический вред или он подвергся риску такого вреда, имеются доказательства до окончания срока наказания... указывающие на то, что осужденный представляет собой значительную опасность для общества, суд вправе назначить превентивное заключение впоследствии, если всесторонняя оценка личности осужденного, совершенного им преступления или преступлений и, на дополнительной основе, его исправление в период отбывания наказания... свидетельствует о том, что весьма вероятно, что

¹ Так в тексте (примеч. редактора).

он вновь совершит преступления описанного выше характера».

57. Правительство Германии, представляя парламенту проект закона о введении последующего превентивного заключения для осуждений по уголовному закону, касающемуся молодых правонарушителей (см. официальное издание Парламента Германии (*Bundestagsdrucksache*) № 16/6562, с. 1), утверждало, что недавние примеры показали, что подобно взрослым правонарушителям молодые правонарушители, осужденные к лишению свободы согласно Закону о судах по делам несовершеннолетних, в исключительных ситуациях могут демонстрировать особую опасность для других лиц даже после того, как они отбыли срок лишения свободы в течение нескольких лет. В тех случаях, когда молодые правонарушители не могли быть помещены в психиатрическую лечебницу, в то время не существовало правовых оснований для их содержания под стражей в качестве необходимой меры для защиты общества.

58. Законом о превентивном заключении (отличие от лишения свободы), который вступил в силу 1 июня 2013 г. (см. подробнее ниже §§ 76 и последующие), законодатель существенно ограничил условия, при которых превентивное заключение может быть впоследствии назначено молодым правонарушителям.

59. Пункт 1 статьи 105 Закона о судах по делам несовершеннолетних предусматривает, что суд применяет положения этого закона, касающиеся несовершеннолетних, в частности, его статью 7, если молодой человек в возрасте от 18 лет до 21 года совершает преступление и если всесторонняя оценка личности преступника с учетом условий его жизни показала, что на момент совершения преступления лицо обладало моральным и интеллектуальным развитием несовершеннолетнего.

60. Пункт 2 статьи 43 Закона о судах по делам несовершеннолетних устанавливает, что по уголовным делам молодых правонарушителей эксперту, квалифицированному для обследования несовершеннолетних лиц, следует поручить проведение необходимых экспертиз правонарушителя.

2. Временное превентивное заключение и судебная проверка его законности и обоснованности

61. Пока осуществляется производство по вопросу о назначении молодому правонарушителю последующего превентивного заключения, суд вправе назначить ему временное превентивное заключение (до того момента, когда решение о последующем превентивном заключении не вступит в силу), если существуют веские причины полагать, что этому человеку будет назначено последующее превентивное заключение (см. пункт 4

статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних во взаимосвязи с первым предложением пункта 5 статьи 275(а) Уголовно-процессуального кодекса в редакции, действовавшей в период, относившийся к переходному положению).

62. Согласно части первой статьи 304 и статье 305 Уголовно-процессуального кодекса имеется возможность (на действие которой не распространяются какие-либо сроки) обращения с жалобой в суд кассационной инстанции на временное превентивное заключение, назначенное судом земли. В силу статьи 310 Уголовно-процессуального кодекса не допускается дальнейшее обжалование решений суда кассационной инстанции.

63. Однако заключенный после вынесения решения судом кассационной инстанции вправе обратиться с новым ходатайством о судебной проверке законности и обоснованности его содержания под стражей в компетентный суд земли в соответствии со статьями 117 и последующими Уголовно-процессуального кодекса во взаимосвязи с четвертым предложением пункта 5 статьи 275(а) Уголовно-процессуального кодекса. Дальнейшее обжалование решения Суда земли, вынесенного в порядке судебной проверки законности и обоснованности (статья 304 и последующие Уголовно-процессуального кодекса), допускается в суде кассационной инстанции.

3. Судебная проверка законности и обоснованности последующего превентивного заключения и его продолжительности

64. Согласно пункту 4 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних в редакции, действовавшей до 31 мая 2013 г., взятом во взаимосвязи со статьей 67(е) Уголовного кодекса, суды обязаны ежегодно проверять, не должно ли быть прекращено или приостановлено действие конкретного постановления о превентивном заключении, вынесенного в соответствии с пунктом 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних, и применить ту или иную форму испытательного срока. В своем Постановлении от 4 мая 2011 г. (см. ниже §§ 68–75) Федеральный конституционный суд Германии указал, что этот срок должен быть сокращен до шести месяцев.

65. С 1 июня 2013 г. в соответствии с частью второй статьи 67(d) Уголовного кодекса во взаимосвязи с пунктами 2 и 3 статьи 316(f) Закона о введении в действие Уголовного кодекса суды могут выносить постановления о продолжении последующего превентивного заключения только в том случае, если соответствующее лицо страдает психическим расстройством и если в силу конкретных обстоятельств, связанных с его личностью или поведением, существует высокий риск того, что в результате этого расстройства лицо совершит

наиболее тяжкие виды насильственных преступлений или преступлений сексуального характера. Если эти критерии не соблюдаются, то суд приостанавливает на испытательный срок дальнейшее исполнение постановления о заключении и отдает распоряжение о надзоре за поведением лица.

66. С 1 июня 2013 г. часть вторая статьи 67(d) Уголовного кодекса дополнительно предусматривает, что суд также приостанавливает на испытательный срок дальнейшее исполнение постановления о превентивном заключении, если он решит, что продолжение содержания под стражей будет являться несоразмерной мерой, поскольку соответствующее лицо не было обеспечено в течение максимального шестимесячного срока, установленно судом, достаточным уходом по смыслу пункта 1 части первой статьи 66(c) Уголовного кодекса (см. ниже §§ 79–80). Если лицу не был обеспечен достаточный уход, то суд должен определить период продолжения содержания под стражей и указать меры, которые должны быть приняты. Приостановление о содержании под стражей автоматически влечет установление надзора за поведением соответствующего лица.

4. Перевод для осуществления различных мер исправления и профилактики

67. Статья 67(a) Уголовного кодекса содержит положения о переводе заключенных для осуществления меры исправления и профилактики, отличной от меры, первоначально предписанной в судебном решении против них. В силу части второй статьи 67(a) Уголовного кодекса во взаимосвязи с частью первой этой статьи суд вправе впоследствии перевести лицо, которому было назначено превентивное заключение, в психиатрическую или наркологическую больницу, если это может тем самым способствовать реинтеграции этого лица в общество.

С. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОГО КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА ГЕРМАНИИ ОТ 4 МАЯ 2011 г. И ПОСЛЕДУЮЩИЕ ПОПРАВКИ К РЕЖИМУ ПРЕВЕНТИВНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ В ГЕРМАНИИ

1. Ведущее Постановление Федерального конституционного суда Германии о превентивном заключении от 4 мая 2011 г.

68. 4 мая 2011 г. Федеральный конституционный суд Германии вынес ведущее постановление в отношении превентивного заключения по конституционным жалобам как лиц, содержащихся в превентивном заключении, которое было продлено свыше ранее назначенного 10-летнего срока, так и лиц, включая заявителя в настоящем деле, содержащихся в позднее назначенном превентив-

ном заключении в силу части второй статьи 66(b) Уголовного кодекса или пункта 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних (дело №№ 2 BvR2365/09, 2 BvR740/10, 2 BvR2333/08, 2 BvR1152/10 и 2 BvR571/10).

69. Постановление Федерального конституционного суда Германии было принято после того, как Европейский Суд 17 декабря 2009 г. вынес ведущее Постановление по упомянутому выше делу «М. против Германии», в котором указал, что последующее продление срока превентивного заключения М. сверх прежнего установленного законом максимального срока в 10 лет, применимого на момент совершения этим заявителем преступления и вынесения ему обвинительного приговора, нарушило как пункт 1 статьи 5 Конвенции, так и пункт 1 статьи 7 Конвенции.

70. Федеральный конституционный суд Германии, изменяя свою прежнюю позицию, изложенную, в частности, в его Постановлении от 5 февраля 2004 г. (дело № 2 BvR2029/01), отметил, что все положения, связанные с конституционными жалобами, как на последующее продление превентивного заключения, так и на последующее назначение такого заключения были несовместимы с Основным законом Федеративной Республики Германия, поскольку они не соответствуют конституционной защите правомерных ожиданий, гарантированных в государстве, основанном на верховенстве права, во взаимосвязи с конституционным правом на свободу.

71. Федеральный конституционный суд Германии далее указал, что все соответствующие положения Уголовного кодекса о назначении и продолжительности превентивного заключения несовместимы с основным правом на свободу лиц, содержащихся в превентивном заключении. Он установил, что эти положения не удовлетворяют конституционному требованию о проведении различия между превентивным заключением и собственно лишением свободы (*Abstandsgebot*).

72. Федеральный конституционный суд Германии отметил, что все положения, объявленные несовместимыми с Основным законом Федеративной Республики Германия, сохраняют свое действие до вступления в силу нового закона и до 31 мая 2013 г., самое позднее, при дополнительных ограничительных условиях. В отношении лиц, превентивное заключение которых было впоследствии продлено или назначено согласно части второй статьи 66(b) Уголовного кодекса или пункту 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних, суды, ответственные за исполнение приговоров, должны безотлагательно рассмотреть вопрос о том, существует ли высокий риск того, что эти лица в силу конкретных обстоятельств, связанных с их личностью или поведением, совершат наиболее тяжкие виды насильственных преступлений или преступлений сексуального характера,

и если, кроме того, они страдают психическим расстройством по смыслу пункта 1 статьи 1 недавно принятого Закона о терапевтическом заключении под стражу (см. ниже § 85). Что касается понятия «психическое расстройство», то Федеральный конституционный суд Германии прямо сослался на толкование данного понятия в подпункте «е» пункта 1 статьи Конвенции, содержащееся в прецедентной практике Европейского Суда (см. §§ 138 и 143–156 Постановления Федерального конституционного суда Германии). Если вышеуказанные предварительные условия не были выполнены, такие заключенные должны были быть освобождены из-под стражи не позднее 31 декабря 2011 г. Иные положения о назначении и продолжительности превентивного заключения могут применяться только в переходный период при условии строгого соблюдения принципа соразмерности. Как правило, соразмерность соблюдается в тех ситуациях, когда существует опасность совершения определенным лицом тяжких преступлений, связанных с совершением насильственных преступлений или преступлений сексуального характера в случае освобождения из-под стражи.

73. В своей мотивировке Федеральный конституционный суд Германии ссылаясь на толкование статей 5 и 7 Конвенции, данное Европейским Судом в упоминавшемся выше Постановлении по делу «М. против Германии» (см. §§ 137, а также последующие постановления Федерального конституционного суда Германии). Федеральный конституционный суд Германии подчеркнул, в частности, что конституционное требование проводить различие между превентивным заключением и лишением свободы и принципы, изложенные в статье 7 Конвенции, требуют индивидуального и усиленного терапевтического лечения и ухода за соответствующими лицами. Согласно выводам Европейского Суда, сделанным в упомянутом выше деле «М. против Германии» (§ 129), необходимо обеспечить высокий уровень ухода со стороны команды многопрофильного персонала и предоставить заключенным индивидуальную терапию, если стандартные методы лечения, доступные в учреждении, не имеют шансов на успех (см. § 113 Постановления Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г.).

74. Федеральный конституционный суд Германии подтвердил свою неизменную практику, согласно которой абсолютный запрет на ретроспективное применение уголовного закона в силу части второй статьи 103 Основного закона Федеративной Республики Германия не распространяется на превентивное заключение. Последнее условие является мерой исправления и профилактики, которая не направлена на уголовное наказание, а является чисто профилактической мерой, предназначенной для защиты общества от опасного правонарушителя (см. §§ 100–101 и 141–142 Постановления

Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г.). Федеральный конституционный суд Германии отметил, что Европейский Суд счел превентивное заключение наказанием по смыслу пункта 1 статьи 7 Конвенции (см. *ibid.*, §§ 102 и 140). Федеральный конституционный суд Германии решил, что отсутствует необходимость схематически связывать значение конституционного понятия «наказание» с тем, которое закреплено в Конвенции. В целях предотвращения нарушений международного публичного права следует скорее прибегать к ценностным суждениям (*Wertungen*) в соответствии с Конвенцией, ориентированным на результат способом, позволяющим предотвратить нарушения международного публичного права (см. *ibid.*, §§ 91 и 141 и последующие).

75. Принимая во внимание конституционное право на защиту правомерных ожиданий в государстве, управляемом принципом верховенства права, и ценностные суждения, содержащиеся в статье 5 Конвенции, продление срока превентивного заключения более прежнего 10-летнего максимального срока или вынесение последующего постановления о таком заключении являются конституционными на практике только в том случае, если, *inter alia*, соблюдены требования подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции (см. *ibid.*, §§ 143 и 151–156). Федеральный конституционный суд Германии прямо упоминал в этой связи прецедентную практику Европейского Суда, согласно которой содержание лица под стражей как пациента, подлежащего психиатрическому лечению, будет законным для целей подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции лишь в том случае, если оно осуществляется в больнице, клинике или ином соответствующем учреждении (см. *ibid.*, § 155).

2. Реализация на практике Постановления Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г.

76. С учетом требований, изложенных в Постановлении Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г., был принят Закон об установлении на федеральном уровне различия между нормами о превентивном заключении и о лишении свободы (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, далее – Закон о превентивном заключении (отличие от лишения свободы)) от 5 декабря 2012 г., который вступил в силу 1 июня 2013 г.

77. В то же время различные земли Германии приняли законы, реформирующие осуществление превентивного заключения. Эти законы содержали подробные правила исполнения на практике нового режима превентивного заключения, который должен быть ориентирован на терапевтическое

лечение содержащихся под стражей лиц и, насколько это возможно, адаптирован к общим условиям жизни (см. в отношении земли Бавария, где содержался заявитель, Закон земли Бавария об исполнении превентивного заключения – *Bayerisches Sicherungsverwahrungsvollzugs-gesetz/Gesetz über den Vollzug der Sicherungsverwahrung und der Therapieunterbringung*, от 22 мая 2013 г., который вступил в силу 1 июня 2013 г., и, в частности, его статьи 2 и 3. Данный закон состоит из 105 статей).

78. Согласно новому законодательству (см., в частности, статью 66(с) Уголовного кодекса) лица, находящиеся в превентивном заключении, теперь должны содержаться в учреждениях, предлагающих им не только условия, более приспособленные к общим условиям жизни, но и индивидуальный и интенсивный уход для повышения их готовности участвовать в психиатрическом, психотерапевтическом или социально-терапевтическом лечении с учетом их потребностей.

79. Статья 66(с) Уголовного кодекса в отношении порядка применения превентивного заключения и предыдущих сроков лишения свободы, насколько это относится к настоящему делу, предусматривает следующее:

«1. Лица, содержащиеся в превентивном заключении, помещаются в учреждения, которые:

(1) предлагают лицу на основе комплексного обследования и индивидуального плана лечения, который должен регулярно обновляться, уход, который:

(а) является индивидуальным и интенсивным, а также подходящим для повышения его готовности к дальнейшему участию в его психиатрическом, психотерапевтическом или социально-терапевтическом лечении, адаптированном к потребностям заключенного, если стандартизированные предложения не имеют шансов на успех, и

(б) направлен на снижение опасности, которую заключенный представляет для общества, до такой степени, что назначенная мера может быть приостановлена и назначен испытательный срок или что мера может быть прекращена как можно скорее;

(2) гарантируют форму содержания под стражей, которая:

(а) возлагает как можно меньшее бремя на заключенного, соответствует требованиям по уходу в соответствии с подпунктом 1 и удовлетворяет общим условиям жизни, насколько это позволяет соображения безопасности, и

(б) отделена от лиц, отбывающих сроки лишения свободы в специальных зданиях или отделениях, поскольку режим по смыслу пункта 1 не требует в исключительных случаях иного;

(3) для достижения цели, указанной в подпункте “b” пункта 1, учреждения:

(а) предоставляют послабления при исполнении наказания в виде содержания под стражей и осуществляют подготовку к освобождению из-под стражи, если отсутствуют убедительные причины не делать этого, в частности, если имеются конкретные факты, свидетельствующие об опасности

того, что лицо может скрыться или злоупотребить послаблениями с целью совершения серьезных преступлений, и

(б) разрешают последующий уход после освобождения в тесном сотрудничестве с государственными или частными учреждениями».

80. В силу переходного положения пункта 3 статьи 316(f) Закона о вступлении в силу Уголовного кодекса новая статья 66(с) Уголовного кодекса применяется также к лицам, совершившим преступление (преступления), в отношении которых превентивное заключение было назначено до 1 июня 2013 г.

81. В соответствии с этими судебными и законодательными положениями в землях Германии были построены, оборудованы и укомплектованы персоналом новые центры для лиц, содержащихся в превентивном заключении, для того, чтобы обеспечить соблюдение требований о проведении различия между исполнением превентивного заключения и наказаний в виде собственно лишения свободы и сосредоточить внимание на лечении заключенных. Согласно материалам, предоставленным властями Германии, которые не были оспорены заявителем, в различных землях Германии были построены и (или) оборудованы 12 новых центров превентивного заключения, на которые были потрачены в общей сумме более 200 млн. евро. Заключенные содержатся в камерах (площадью от 14 до 25 кв. м), которые больше тюремных и обычно включают кухонный блок и отдельную ванную комнату. Заключенные могут свободно перемещаться в пределах соответствующих центров, которые включают дополнительные комнаты и внешние помещения, для терапии, профессиональной и рекреационной деятельности. Они могут носить свою одежду. В этих центрах заключенным предоставляются индивидуальные комплексные и междисциплинарные методы лечения, которые были расширены по сравнению с предыдущим режимом превентивного заключения, включая общение с психотерапевтом, направленное на мотивацию к продолжению терапии, специальные методы лечения лиц, совершивших насильственные преступления или преступления сексуального характера, а также курсы социальной подготовки в качестве как индивидуальной, так и групповой меры и при необходимости частично с привлечением терапевтов со стороны. Для обеспечения проведения необходимой терапии во всех центрах был сформирован новый штат терапевтов.

Д. УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ И СОДЕРЖАНИЕ ПОД СТРАЖЕЙ ЛИЦ С ПСИХИЧЕСКИМИ РАССТРОЙСТВАМИ

1. Положения об уголовной ответственности

82. Статья 20 Уголовного кодекса содержит нормы об отсутствии уголовной ответственности

вследствие психических расстройств. Она предусматривает, что лицо, которое после совершения какого-либо деяния не в состоянии оценить противоправность своего деяния или действует в соответствии с такой оценкой ввиду патологического расстройства сознания, глубокого расстройства сознания или любого другого серьезного психического заболевания, не несет уголовной ответственности.

83. Статья 21 Уголовного кодекса регламентирует ограниченную уголовную ответственность. Она устанавливает, что наказание может быть смягчено, если способность лица оценить противоправность деяния или действовать в соответствии с такой оценкой была существенно ограничена после совершения деяния по одной из причин, указанных в статье 20 Уголовного кодекса.

2. Содержание под стражей лиц с психическими расстройствами

(а) Содержание под стражей в соответствии со статьей 63 Уголовного кодекса

84. Содержание под стражей психически больных лиц предусматривается преимущественно в Уголовном кодексе как мера исправления и профилактики, если содержание под стражей назначается в отношении противоправного деяния, совершенного соответствующим лицом. В силу статьи 63 Уголовного кодекса, если какое-либо лицо совершает противоправное деяние в состоянии невменяемости (статья 20) или в состоянии ограниченной вменяемости (статья 21), суд назначает его помещение в психиатрическую больницу без указания максимального срока. Всесторонняя оценка подсудимого и его действий должна подтвердить, что вследствие его состояния он, вероятно, в дальнейшем совершит тяжкие противоправные деяния и что он представляет опасность для общества.

(b) Содержание под стражей в соответствии с Законом о терапевтическом заключении под стражу

85. 1 января 2011 г., после принятия упоминавшегося выше Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии», вступил в силу Закон о терапии и содержании под стражей душевнобольных преступников, совершивших насильственные преступления (*Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter*, далее – Закон о терапевтическом заключении под стражу). В силу пункта 1 статьи 1 и статьи 4 этого закона сенаты по гражданским делам суда земли вправе назначать помещение в соответствующее учреждение лиц, которые более не могут содержаться в превентивном заключении ввиду запрета на применение последующих отягчающих обстоятельств в отношении превентивного заключения. Такое заключе-

ние под стражу с целью терапии может быть предписано, если соответствующее лицо было признано виновным вступившим в законную силу приговором в совершении некоторых тяжких преступлений, за которые превентивное заключение может быть применено в соответствии с частью третьей статьи 66 Уголовного кодекса. Кроме того, данное лицо должно страдать психическим расстройством, вследствие чего весьма вероятно, что, находясь на свободе, оно причинит серьезный вред жизни, физической неприкосновенности, личной свободе или сексуальной неприкосновенности другого лица. Содержание этого лица под стражей должно считаться необходимым для защиты общества.

86. В силу пункта 1 статьи 2 Закона о терапевтическом заключении под стражу учреждениями, пригодными для «содержания под стражей в терапевтических целях», являются только те учреждения, которые могут гарантировать посредством медицинского обслуживания и терапевтического обеспечения адекватное лечение психического расстройства соответствующего лица на основе индивидуального плана лечения, направленного на сведение срока содержания под стражей к минимуму (подпункт [1]). Соответствующие учреждения также должны сделать содержание под стражей как можно менее обременительным для лица с учетом терапевтических аспектов и интересов общественной безопасности (подпункт [2]). Они должны быть отделены территориально и организационно от учреждений, в которых применяются сроки лишения свободы (подпункт [3]). Согласно пункту 2 статьи 2 Закона о терапевтическом заключении под стражу в редакции, действовавшей с 1 июня 2013 г., учреждения по смыслу части первой статьи 66(с) Уголовного кодекса также подходят для содержания под стражей в терапевтических целях, если они отвечают требованиям подпунктов 1 и 2 пункта 1 статьи 2 этого закона.

87. Федеральный конституционный суд Германии истолковал Закон о терапевтическом заключении под стражу ограничительно, указав, что содержание под стражей в соответствии с указанным законом возможно только при тех же ограничительных условиях, при которых превентивное заключение может быть назначено или впоследствии продлено (см. Постановление Федерального конституционного суда Германии от 11 июля 2013 г. по делам №№ 2 BvR2302/11 и 2 BvR1279/12, рассмотренное в Постановлении Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии» (*Bergmann v. Germany*) от 7 января 2016 г., жалоба № 23279/14, §§ 75–76, а также выше § 72). Содержание под стражей в соответствии с этим законом на практике имело место лишь в редких случаях.

88. Что касается понятия «психическое расстройство» в пункте 1 статьи 1 Закона о терапевтическом заключении под стражу, то Федеральный конституционный суд Германии установил следующее:

ввиду стандартов, вытекающих из подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, это понятие не требует, чтобы расстройство было настолько серьезным, чтобы ограничить или исключить уголовную ответственность соответствующего лица для целей статей 20 и 21 Уголовного кодекса (см. Постановление Федерального конституционного суда Германии от 15 сентября 2011 г. по делу № 2 BvR1516/11, §§ 35–36, а также Постановления по упоминавшимся выше делам №№ 2 BvR2302/11 и 2 BvR1279/12).

89. Согласно позиции Федерального конституционного суда Германии конкретные расстройства, затрагивающие личность человека, его поведение, сексуальную ориентацию и контроль эмоций, охватываются понятием «психическое расстройство» в пункте 1 статьи 1 Закона о терапевтическом заключении под стражу. Таким образом, это понятие не ограничивается психическими заболеваниями, которые можно лечить клинически, но может распространяться также на диссоциальные расстройства личности достаточной степени тяжести (см. упоминавшееся выше Постановление Федерального конституционного суда Германии по делу № 2 BvR1516/11, §§ 35–40). В соответствии с прецедентной практикой Европейского Суда, касающейся дел по рассмотрению жалоб в соответствии с подпунктом «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции (Федеральный конституционный суд Германии ссылаясь, в частности, на Постановление Европейского Суда по делу «Кронфельднер против Германии» (*Kronfeldner v. Germany*) от 19 января 2012 г., жалоба № 21906/09, и на упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «В. против Германии»), Федеральный конституционный суд Германии установил, что содержание под стражей лица, имеющего психическое расстройство, может быть оправдано при условии, что его содержание под стражей осуществляется в соответствующем психиатрическом учреждении, что в свою очередь требует наличия необходимой степени психического расстройства (см. упоминавшиеся выше Постановления Федерального конституционного суда Германии по делам №№ 2 BvR2302/11 и 2 BvR1279/12).

(с) Содержание под стражей в соответствии с законодательством земель Германии об общественной безопасности

90. В соответствии с законодательством земель Германии об общественной безопасности и о профилактике опасности, таком как Закон Баварии о помещении в учреждение психически больных лиц и уходе за ними (*Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung*) от 5 апреля 1992 г., суды по гражданским делам вправе распорядиться о помещении лица в психиатрическую лечебницу по просьбе властей города или округа, если соответствующее лицо является психически больным или страдает психическим заболеванием

в результате умственного расстройства или зависимости и тем самым представляет серьезную угрозу общественной безопасности и порядку (см. пункт 1 статьи 1, статью 5 и пункт 3 статьи 7 Закона о помещении в учреждение психически больных лиц и уходе за ними во взаимосвязи с подпунктом 4 статьи 312 и пунктом 3 статьи 313 Закона о производстве по семейным делам и делам особого производства (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*)). Такое распоряжение может быть исполнено, если только не было принято иной меры согласно статье 63 Уголовного кодекса (пункт 2 статьи 1 Закона о помещении в учреждение психически больных лиц и уходе за ними).

Е. СТАТИСТИЧЕСКАЯ ИНФОРМАЦИЯ

91. Согласно статистическим материалам, представленным 10 мая 2010 г. властями Германии, которые не оспаривались заявителем, когда упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии» вступило в силу, 102 человека находились в продленном впоследствии превентивном заключении. 31 марта 2017 г. в общей сложности 51 129 человек отбывали срок лишения свободы по всей территории Германии (с населением около 81 млн. человек), а 591 человек находился в превентивном заключении. Из 591 лица, находящегося в превентивном заключении, 41 человеку было впоследствии назначено или продлено превентивное заключение.

92. Что касается количества лиц, в отношении которых исполняются постановления о длительных сроках лишения свободы и превентивном заключении, то согласно Ежегоднику уголовной статистики Совета Европы (SPACE I) за 2015 год в Германии 2 471 человек отбывал срок лишения свободы 10 или более лет, тогда как 7 603 человека (данные доступны только за 2014 год) отбывали срок лишения свободы 10 или более лет во Франции, 9 747 – в Италии, 12 012 – в Испании и 16 511 – в Соединенном Королевстве (см. документ PC–CP (2016) 6, с. 87–88, таблица 7, а также SPACE I за 2014 год, документ PC–CP (2015) 7, с. 90, таблица 7). Кроме того, в отношении 521 человека исполнялись постановления о мерах безопасности или превентивном заключении в Германии и 540 – в Италии (см. SPACE I за 2015 год, документ PC–CP (2016) 6, с. 78, таблица 5.2).

III. СООТВЕТСТВУЮЩИЕ МАТЕРИАЛЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

1. Комитет Организации Объединенных Наций по правам человека

93. Комитет Организации Объединенных Наций по правам человека в своих Заключительных

замечаниях по шестому периодическому докладу в отношении Германии, принятых Комитетом на его 106-й сессии (15 октября – 2 ноября 2012 г., CCPR/C/DEU/CO/6), отметил, в частности, следующее:

«14. Приветствуя меры, принятые государством-участником по пересмотру своего законодательства и практики в отношении назначения превентивного заключения лицам после отбытия ими первоначального наказания и, принимая к сведению информацию о том, что в настоящее время на рассмотрении парламента находится законопроект, касающийся этого вопроса, Комитет обеспокоен количеством лиц, которые всё еще содержатся под стражей, в условиях такого заключения в государстве-участнике. Он также обеспокоен продолжительностью этого содержания под стражей в некоторых делах, а также тем фактом, что ранее условия содержания под стражей не соответствовали требованиям в области прав человека (статьи 9 и 10).

Государству-участнику следует принять необходимые меры для применения превентивного заключения лицам после отбытия ими первоначального наказания как крайней меры и для создания им условий содержания под стражей, которые отличаются от обращения с осужденными, отбывающими наказание, и которые должны быть направлены лишь на их реабилитацию и реинтеграцию в общество. Государству-участнику следует включить в рассматриваемый законопроект все правовые гарантии защиты прав лиц, содержащихся под стражей, включая периодическую психологическую оценку их состояния, которая может привести к их освобождению или сокращению срока их содержания под стражей».

2. Комитет Организации Объединенных Наций против пыток

94. Комитет Организации Объединенных Наций против пыток в своих Заключительных замечаниях по пятому периодическому докладу в отношении Германии, принятых Комитетом на его 47-й сессии (31 октября – 25 ноября 2011 г.), (CAT/C/DEU/CO/5 от 12 декабря 2011 г.), отметил, в частности, следующее:

«Превентивное заключение»

17. Комитет принимает к сведению Постановление Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г., в котором указано, что все положения Уголовного кодекса Федеративной Республики Германия и Закона о судах по делам молодежи относительно назначения и продолжительности превентивного заключения являются неконституционными, и приветствует тот факт, что федеральные власти и власти земель Германии уже приступили к выполнению этого постановления. Тем не менее Комитет с сожалением отмечает информацию о том, что более 500 человек по-прежнему находятся в превентивном заключении, причем некоторые из них находятся в превентивном заключении уже более 20 лет (статьи 2 и 11).

Комитет настоятельно призывает государство-участника:

(а) адаптировать и изменить свои законы на основании Постановления Федерального конституционного суда Германии до 31 марта 2013 г., как требует Европейский Суд, в целях минимизации рисков, возникающих в связи с применением превентивного заключения, а также

(b) принять все необходимые меры для выполнения институциональных мер, указанных в постановлении Европейского Суда, в отношении освобождения из-под стражи лиц, содержащихся в превентивном заключении, сокращения срока его действия и его назначения и принять во внимание положения Минимальных стандартных правил Организации Объединенных Наций, касающихся мер наказания, не связанных с лишением свободы (Токийские правила), при разработке мер, альтернативных превентивному заключению».

3. Европейский комитет по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания

95. Европейский комитет по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (далее – ЕКПП) в своем докладе Правительству Германии о визите в Германию, состоявшемся с 20 ноября по 2 декабря 2005 г. (CPT/Inf(2007)18 от 18 апреля 2007 г.), в отношении блока превентивного заключения в тюрьме «Берлин-Тегель» (*Berlin-Tegel*) установил следующее:

«...99. Даже для других заключенных, которые, по-видимому, лучше справлялись со своим положением, отсутствие персонала в блоке не было оправдано... У делегации сложилось четкое впечатление, что сами сотрудники не имеют ясного представления о том, как подходить к работе с этими заключенными. Наряду с предоставлением заключенным права распоряжаться своей жизнью в условиях содержания под стражей необходимо оказывать им постоянную поддержку в решении вопросов, связанных с бессрочным содержанием под стражей, а также в решении проблем, связанных с влиянием серьезных прошлых ошибок в поведении и явных психологических проблем. Психологическая помощь и поддержка оказались крайне неадекватными. ЕКПП рекомендует принять незамедлительные меры для устранения этого недостатка.

100. Трудный вопрос о том, как реализовать на практике гуманный и последовательный курс в отношении обращения с лицами, находящимися в *Sicherungsverwahrung*¹, должен быть рассмотрен в срочном порядке на самом высоком уровне. Работа с этой группой заключенных неизбежно станет одной из самых сложных задач, стоящих перед тюремным персоналом.

¹ *Sicherungsverwahrung* (нем.) – превентивное заключение, содержание под стражей рецидивистов после отбытия ими наказания (примеч. переводчика).

Из-за потенциально бессрочного пребывания небольшого (но растущего) количества заключенных, содержащихся под стражей в *Sicherungsverwahrung*, необходимо особенно четкое видение цели в данном блоке и то, как эти цели могут быть реально достигнуты. Данный подход требует высокого уровня ухода с привлечением команды многопрофильного персонала, интенсивной работы с заключенными на индивидуальной основе (через оперативные подготовленные индивидуальные планы) в рамках последовательной структуры продвижения к освобождению, что должно быть реальным вариантом. Эта система должна также обеспечивать поддержание семейных контактов, когда это необходимо.

ЕКПП рекомендует властям Германии незамедлительно провести проверку подхода к *Sicherungsverwahrung* в тюрьме “Берлин-Тегель” и в случае необходимости в других учреждениях, в которых размещаются лица, попадающие под действие норм о *Sicherungsverwahrung*, в свете вышеизложенных замечаний...».

96. Впоследствии ЕКПП в своем докладе от 24 июля 2014 г. Правительству Германии по результатам визита в Германию, состоявшегося с 25 ноября по 3 декабря 2013 г. (CPT/Inf(2014)23), отметил следующее:

«А. Превентивное заключение (*Sicherungsverwahrung*)

...10. Целью визита в 2013 году было рассмотрение внедрения на практике новой системы превентивного заключения и действий, принятых соответствующими органами власти в этой связи с последнего визита в 2010 году. С этой целью делегация сосредоточилась на положении лиц, содержащихся в превентивном заключении в землях Баден-Вюртемберг и Рейнланд-Пфальц...

14. ...Что касается условий содержания под стражей, то делегация была особенно впечатлена вновь построенным блоком превентивного заключения в тюрьме “Диц” (*Diez*). Все комнаты в нем были просторными (размером около 18 кв. м, включая санузел) и хорошо оборудованными (включая... туалет, душ и мини-кухню)... Кроме того, имелись различные комнаты для общения и занятий (включая фитнес-зал). Заслуживает также поощрения тот факт, что в течение дня заключенные могут свободно передвигаться внутри здания, в котором расположен блок, и могут выходить на свежий воздух или в другое место содержания под стражей, когда они того захотят (в течение дня и, за исключением выходных, также в вечернее время).

15. В тюрьме “Фрайбург” (*Freiburg*) в новом блоке превентивного заключения бытовые условия были, как правило, хорошими. Все комнаты находились в очень хорошем состоянии после ремонта, они были просторными (некоторые площадью 14 кв. м без учета санузла) и хорошо оборудованными... На каждом этаже были большая гостиная/столовая (площадью около 50 кв. м, оборудованная столами, стульями, диваном, телевизором, холодильником и комнатными растениями), кухня и прачечная. Кроме того, блок содержания под стражей состоял из большой мастерской, компьютерного помещения и комнаты арт-терапии. Тем

не менее вызывает сожаление тот факт, что весь блок содержания под стражей оставался похожим на тюрьму и что свобода передвижения заключенных в пределах учреждения и доступ к прогулочному двору были более ограничены, чем в тюрьме “Диц” (в частности, в выходные дни)...

В этом отношении ЕКПП хотел бы напомнить, что согласно соответствующим правовым положениям лица, содержащиеся в превентивном заключении, в принципе имеют право на неограниченный доступ к прогулкам на открытом воздухе вне ночных периодов содержания в камерах...

17. Что касается режима и мер воздействия (*Behandlungsmassnahmen*), то делегации сообщили, что в тюрьме “Фрайбург” всем заключенным предлагаются работу, индивидуальные консультации с психологом и целый ряд рекреационных мероприятий. Кроме того, проводился ряд групповых терапевтических мероприятий, включая программу терапии для лиц, совершивших преступления сексуального характера (10 участников, продолжительностью 1,5 года), обучение социальным навыкам (шесть участников, продолжительностью от шести до семи месяцев), арт-терапию (пять участников), драматическую и двигательную терапию (пять участников) и программу по борьбе с наркоманией (девять участников). Из 58 заключенных 48 участвовали в индивидуальных консультациях, в том числе 13 – в одной из вышеупомянутых групповых терапий и 11 – в двух группах терапии. Семь заключенных отказались от участия в какой-либо терапии, двое были вновь прибывшими и еще не были приписаны к программе терапии, а один, по-видимому, не был способен участвовать в какой-либо программе терапии (из-за травмы головного мозга). В состав группы специалистов входили три психолога и четыре социальных работника (по одному на каждом этаже). Делегация была проинформирована о том, что с учетом соотношения численности персонала и количества заключенных, применяемого в социально-терапевтических учреждениях, блоку превентивного заключения требуется, по меньшей мере, шесть штатных психологов... Руководитель психологической службы указал на то, что из-за ограниченных кадровых ресурсов не представляется возможным организовать индивидуальную терапию на еженедельной основе... что не было возможности вовлечь в терапию тех, у кого нет мотивации и кто не хотел заниматься терапией, и что не было возможности эффективным образом организовать терапию окружающей среды.

18. Ситуация представляется еще более тревожной в тюрьме “Диц”. Хотя администрация тюрьмы земли Рейнланд-Пфальц в мае 2013 года подготовила всеобъемлющую и подробную концепцию обращения с лицами, содержащимися в превентивном заключении, данной визит выявил поразительное несоответствие между теорией и практикой. Из 40 заключенных только 24 получали индивидуальную терапию и лишь восемь участвовали в групповой терапии. Кроме того, вызывает сожаление тот факт, что администрация тюрьмы до сих пор не предприняла никаких усилий для организации групповых занятий искусством, музыкой или драмой в качестве терапии, которые могли бы быть особенно полезными для тех заключенных, которые не хотят или не могут участвовать

в какой-либо другой программе групповой терапии. Кроме того, делегация отметила, что принятые меры не мотивировали заключенных в значительной степени к участию в еженедельных встречах в жилом блоке, которые были организованы персоналом в рамках проводимой терапии окружающей среды.

19. ЕКПП признает, что реализация нового законодательства, регулирующего превентивное заключение, все еще находится на начальном этапе и что может потребоваться некоторое время для полного выполнения всех запланированных мер на практике. Однако нет сомнений в том, что существующие ресурсы для мер воздействия на лиц, находящихся в превентивном заключении в тюрьмах земель Баден-Вюртемберг и Рейнланд-Пфальц, недостаточны для удовлетворения требований соответствующих федерального законодательства и законодательства земель Германии, а именно в отношении системы программ, направленных на терапевтические потребности и поощрение индивидуальной свободы и мотивации (*therapiegerichtet, freiheitsorientiert and motivationsfördernd*)...

Комитет рекомендует соответствующим властям земель Баден-Вюртемберг и Рейнланд-Пфальц удвоить свои усилия по дальнейшему развитию индивидуальных и групповых мер воздействия, которые предлагаются лицам, содержащимся в превентивном заключении в тюрьмах «Фрайбург» и «Диц», и увеличить численность штата специалистов.

20. У делегации сложилось благоприятное впечатление о терапевтических мерах, предлагаемых заключенным в социально-терапевтическом отделении в тюрьме «Диц», в котором содержатся заключенные режима превентивного заключения, признанные пригодными для прохождения интенсивной терапевтической программы для лиц, совершивших насильственные преступления и (или) преступления сексуального характера...».

4. Комиссар Совета Европы по правам человека

97. Комиссар Совета Европы по правам человека Томас Хаммарберг (*Thomas Hammarberg*) в докладе от 11 июля 2007 г. по результатам своего визита в Германию с 9 по 11 и с 15 по 20 октября 2006 г. (CommDH(2007)14) в отношении вопроса о том, что он назвал «режимное содержание под стражей», исполняемое в соответствии с действовавшими в то время нормами, отметил следующее:

«8.2. Режимное содержание под стражей

201. Согласно уголовному законодательству Германии лицо, совершившее тяжкое преступление, такое как убийство или изнасилование, может находиться в режимном содержании под стражей (*Sicherungsverwahrung*) после отбытия срока лишения свободы. Решение о назначении режимного содержания под стражей может быть принято только судом, который вынес первоначальный приговор, на основании экспертного медицинского заключения. Срок содержания под стражей является неопределенным, но подлежит судебной проверке законности и обоснованности...

Возможность назначения режимного содержания под стражей может быть либо включена в первоначальный приговор, либо может быть предписана незадолго до истечения срока лишения свободы.

202. Цель режимного содержания лица под стражей не имеет карательного элемента, но направлена на защиту общества от преступлений, которые может совершить соответствующий правонарушитель. Следовательно, условия режимного содержания в тюрьме адаптируются к конкретной ситуации, и ненужные ограничения не применяются.

203. В ходе своего визита Комиссар обсудил вопрос режимного содержания под стражей с рядом органов власти земель, судьями и медицинскими экспертами. Комиссар осведомлен о давлении общественности, которому подвергаются судьи и медицинские эксперты, когда они принимают решения об освобождении из-под стражи лица, которое может вновь совершить тяжкое преступление. Невозможно с полной уверенностью предсказать, действительно ли человек будет вновь совершать преступление. Психиатры регулярно проводят оценку поведения заключенных, которые могут вести себя по-разному за пределами тюрьмы. Кроме того, трудно предвидеть все условия, которые ждут преступника на свободе.

204. Комиссар призвал к исключительно продуманному режимному содержанию под стражей. Следует также рассмотреть применение альтернативных мер, прежде чем прибегать к режимному содержанию под стражей. Комиссар обеспокоен ростом количества лиц, лишенных свободы в условиях режимного содержания под стражей. Он призывает власти Германии провести независимые исследования по вопросу об осуществлении этой меры, чтобы оценить ее с точки зрения защиты общества и ее воздействия на содержащееся под стражей лицо.

205. Комиссар также уведомлен о предлагаемых поправках, которые позволят в крайних случаях задним числом назначать режимное содержание под стражей несовершеннолетним правонарушителям. Комиссар настоятельно призывает власти Германии пересмотреть такие предложения в связи с их чрезвычайными последствиями для несовершеннолетних правонарушителей. Должны применяться альтернативные меры по делам несовершеннолетних правонарушителей, когда это возможно.

206. Кроме того, Комиссар был проинформирован о том, что лица, находящиеся в режимном содержании под стражей, регулярно испытывают утрату веры в своих перспективах и отказываются от своего развития. Как представляется, это требует оказания психологической или психиатрической помощи. Медицинское заключение иногда может быть разделено относительно эффективности помощи, оказываемой лицам, находящимся в условиях режимного содержания под стражей, однако не следует исключать возможность их последующего исправления и освобождения из-под стражи. Соответственно, люди, находящиеся в условиях режимного содержания под стражей, должны получать адекватное медицинское лечение или иной уход, отвечающий их конкретной ситуации».

IV. СООТВЕТСТВУЮЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВА

98. Что касается мер, выбранных другими Договаривающимися Государствами Конвенции для защиты общества от осужденных преступников с психическим расстройством, которые могут представлять опасность вследствие совершения новых тяжких преступлений после своего освобождения, то материалы сравнительного права, имеющиеся у Европейского Суда, демонстрируют следующее. Из 32 обследованных Договаривающихся Государств в 10 разрешается применение защитных мер, предусматривающих лишение свободы после вынесения приговора по уголовному делу. Половина из этих государств допускает принятие таких мер после назначения наказания. Данные меры принимаются судебным органом. В большинстве этих государств подобные меры не классифицируются в качестве «наказаний» в соответствии с внутренним законодательством. Условия применения таких мер весьма разнообразны: от специальных мест содержания под стражей до психиатрических лечебниц и психиатрических отделений в тюрьмах и обычных центрах содержания под стражей.

ПРАВО

I. ПРЕДЕЛЫ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА БОЛЬШОЙ ПАЛАТОЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

99. Большая Палата Европейского Суда прежде всего отмечает, что Палата Европейского Суда исключила жалобы из списка подлежащих рассмотрению дел в той части, которая касается обжалования заявителем со ссылкой на пункт 1 статьи 5 и пункт 1 статьи 7 Конвенции его превентивного заключения с 6 мая 2011 г. по 20 июня 2013 г. в тюрьме «Штраубинг». Решение об исключении жалобы из списка подлежащих рассмотрению дел было вынесено в соответствии с подпунктом «с» пункта 1 статьи 37 Конвенции на основании односторонней декларации властей Германии о признании нарушения Конвенции в этом отношении, поскольку в течение указанного периода заявитель не содержался в соответствующем учреждении для душевнобольных лиц (см. Постановление Европейского Суда по делу «Ильнзеер против Германии» (Ilmseher v. Germany) от 2 февраля 2017 г., жалобы №№ 10211/12 и 27505/14, §§ 45–58, а также выше § 5).

100. Европейский Суд вновь подтверждает, что содержание и пределы рассмотрения «дела», переданного в Большую Палату, определяются решением Палаты Европейского Суда о приемлемости жалобы для ее рассмотрения по существу (см., *inter alia*, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «К. и Т. против Финляндии» (K. and T. v. Finland), жалоба № 25702/94, §§ 140–141, ECHR 2001-VII, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гёч против Турции» (Göç v. Turkey),

жалоба № 36590/97, §§ 36–37, ECHR 2002-V, а также Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Симеоновы против Болгарии» (Simeonovi v. Bulgaria) от 12 мая 2017 г., жалоба № 21980/04¹, § 83). Это означает, что Большая Палата Европейского Суда не вправе рассматривать те части жалобы, которые Палатой Европейского Суда были объявлены неприемлемыми для рассмотрения по существу (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Сисоева и другие против Латвии» (Sisojeva and Others v. Latvia) (об исключении жалобы из списка подлежащих рассмотрению дел), жалоба № 60654/00, § 61, ECHR 2007-I, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Дулими и компания “Монтана Менеджмент Инк.” против Швейцарии» (Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland) от 21 июня 2016 г., жалоба № 5809/08², § 78, а также Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Парадизо и Кампанелли против Италии» (Paradiso and Campanelli v. Italy) от 24 января 2017 г., жалоба № 25358/12³, § 84).

101. Европейский Суд указывает, что аналогичные соображения применимы и в тех случаях, как в настоящем деле, когда некоторые части жалобы не были объявлены неприемлемыми для рассмотрения по существу, а были исключены из списка дел, подлежащих рассмотрению Европейским Судом, до принятия Палатой Европейского Суда решения о приемлемости жалобы. Следовательно, эти части жалоб не являются частью «дела», переданного на рассмотрение в Большую Палату Европейского Суда.

102. Европейский Суд отмечает, что данный подход не оспаривался сторонами. В поддержку своих доводов, представленных Европейскому Суду, заявитель ссылался на одностороннюю декларацию властей Германии (см. ниже § 114). Власти Германии, которые утверждали, что они считают себя связанными своей односторонней декларацией и решением Палаты Европейского Суда об исключении жалобы из списка подлежащих рассмотрению Европейским Судом дел, 28 апреля 2017 г. выплатили заявителю компенсацию, предусмотренную в односторонней декларации, и заявитель принял эту компенсацию. В связи с этим Европейский Суд не усматривает каких-либо оснований для принятия решения в соответствии с пунктом 2 статьи 37 Конвенции.

103. Следовательно, вопрос о соблюдении пункта 1 статьи 5 и пункта 1 статьи 7 Конвенции, что касается превентивного заключения заявителя от 6 мая 2011 г. до 20 июня 2013 г. в тюрьме

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018. № 3 (примеч. редактора).

² См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018. № 11 (примеч. редактора).

³ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2017. № 11 (примеч. редактора).

ме «Штраубинг», не относится к компетенции Большой Палаты Европейского Суда.

II. ТЕРМИНОЛОГИЯ

104. В свете выводов о пределах рассмотрения дела Большая Палата Европейского Суда далее замечает следующее. В принятых до сих пор постановлениях Европейского Суда немецкий термин «*nachträgliche Sicherungsverwahrung*», то есть превентивное заключение, которое было назначено осужденному преступнику в постановлении, вынесенном отдельно от предыдущего приговора по уголовному делу и после его вынесения, переводился на английский язык как «ретроспективное» или «ретроспективно назначенное» превентивное заключение, а на французский язык – «*détention de sûreté rétroactive*» или «*détention de sûreté ordonnée rétroactivement*».

105. Большая Палата Европейского Суда согласна с тем, что в постановлении о назначении превентивного заключения есть ретроспективный элемент в том смысле, что предварительным условием вынесения такого постановления является то, что в предыдущем приговоре за тяжкое преступление соответствующему лицу было назначено наказание в виде лишения свободы. Однако имеет место также высокий элемент ожидаемости того, что постановление должно быть основано на *ex nunc*¹ оценке, что вполне вероятно, что соответствующее лицо совершит новые преступления в будущем. Элемент ожидаемости еще более усиливается после изменений, внесенных Федеральным конституционным судом Германии и законодателем Германии в режим превентивного заключения, применимого к таким лицам, как заявитель. Согласно этим изменениям требуется, кроме того, чтобы в момент вынесения постановления соответствующие лица страдали бы психическим расстройством, в результате которого они представляют опасность для общества.

106. Ввиду этих элементов ожидаемости Большая Палата Европейского Суда считает, что понятие «*nachträgliche Sicherungsverwahrung*» более адекватно переводить на английский язык как «последующее превентивное заключение», а на французский язык – «*détention de sûreté subséquente*», таким образом обозначая меру, которая назначается в более поздний момент времени по сравнению с первоначальным осуждением соответствующего лица и которая, принимая во внимание его последнее осуждение, по существу основана на наличии психического расстройства на момент назначения меры и делает лицо опасным.

III. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ ПУНКТА 1 СТАТЬИ 5 КОНВЕНЦИИ

107. Заявитель жаловался на то, что «ретроспективно» назначенное ему превентивное заклю-

чение, исполнявшееся на основе постановления Суда земли в г. Регенсбурге от 3 августа 2012 г. с 20 июня 2013 г. и позже в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», нарушало его право на свободу, закрепленное в пункте 1 статьи 5 Конвенции. Это положение Конвенции в соответствующих частях гласит:

«1. Каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях и в порядке, установленном законом:

(а) законное содержание под стражей лица, осужденного компетентным судом...

(с) законное задержание или заключение под стражу лица, произведенное с тем, чтобы оно предстало перед компетентным органом по обоснованному подозрению в совершении правонарушения или в случае, когда имеются достаточные основания полагать, что необходимо предотвратить совершение им правонарушения или помешать ему скрыться после его совершения...

(е) законное заключение под стражу лиц с целью предотвращения распространения инфекционных заболеваний, а также законное заключение под стражу душевнобольных, алкоголиков, наркоманов или бродяг...».

108. Власти Германии оспорили этот довод.

A. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

109. Палата Европейского Суда, учитывая позицию Европейского Суда по ведущему делу «Бергманн против Германии» (упоминавшемуся выше, §§ 77–134), установила, что превентивное заключение заявителя с 20 июня 2013 г. и позже отвечало требованиям пункта 1 статьи 5 Конвенции. Она решила, что содержание заявителя под стражей было оправдано в силу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Заявитель, который страдал сексуальным садизмом и скорее всего совершит еще одно убийство, если будет освобожден, являлся душевнобольным человеком для целей этого положения Конвенции. Кроме того, с момента его перевода из тюрьмы в центр превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг» 20 июня 2013 г. содержание заявителя под стражей было законным, поскольку оно осуществлялось в подходящем заведении для психически больных лиц.

B. ДОВОДЫ СТОРОН В БОЛЬШОЙ ПАЛАТЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Заявитель

110. Заявитель настаивал на том, что его превентивное заключение, основанное на постановлении Суда земли от 3 августа 2012 г., нарушало пункт 1 статьи 5 Конвенции также в период с 20 июня 2013 г. и далее, как и его превентивное заключение, предшествовавшее этой дате.

¹ *Ex nunc* (лат.) – впредь, на будущее, в дальнейшем (примеч. переводчика).

111. Заявитель утверждал, что его заключение не было основано ни на одном из подпунктов «а»–«ф» пункта 1 статьи 5 Конвенции. В частности, оно не могло быть обосновано подпунктом «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции как содержание под стражей «душевнобольного» согласно прецедентной практике Европейского Суда (он ссылаясь на Постановление Европейского Суда по делу «Винтверп против Нидерландов» (*Winterwerp v. Netherlands*) от 24 октября 1979 г., § 39, Series A, № 33, и на Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Станев против Болгарии» (*Stanev v. Bulgaria*), жалоба № 36760/06, § 145, ECHR 2012). Во-первых, не было достоверно доказано, что он был душевнобольным человеком, как того требуют подпункт 1 пункта 2 статьи 7 и статья 105 Закона о судах по делам несовершеннолетних во взаимосвязи с Постановлением Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г. (см. выше §§ 56, 59 и 72). Половина из тех экспертов, которые обследовали его с 1999 года, в том числе эксперт F., который выступал консультантом в деле, не установили, что заявитель страдал психическим расстройством и, в частности, сексуальным садизмом, следовательно, у заявителя не было выявлено подлинное психическое расстройство. Кроме того, несмотря на рекомендации, содержащиеся в пункте 2 статьи 43 Закона о судах по делам несовершеннолетних, ни один из экспертов не был квалифицирован, чтобы проводить обследование молодых людей.

112. Во-вторых, психическое расстройство согласно статье 1 Закона о терапевтическом заключении под стражу, которое было установлено судами страны, может быть менее ограничительным, чем понятие душевнобольных лиц в соответствии с подпунктом «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции (заявитель ссылаясь на Постановление Европейского Суда по делу «Глин против Германии» (*Glien v. Germany*) от 28 ноября 2013 г., жалоба № 7345/12, § 87). Таким образом, не было установлено, что он являлся душевнобольным лицом, то есть страдал психическим расстройством, требующим принудительного заключения.

113. В-третьих, заявитель признал, что в соответствии с законодательством Германии (статья 67(е) Уголовного кодекса, см. выше § 64) обоснованность его продленного заключения зависела от степени сохранения у него психического расстройства.

114. Заявитель также полагал, что его содержание под стражей как психически больного пациента не было законным по смыслу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Он отмечал, что власти Германии признали в своей односторонней декларации, что постановление Суда земли от 3 августа 2012 г. было незаконным. По мнению заявителя, эта ситуация не могла быть исправлена на более позднем этапе простым переводом его

в новый центр превентивного заключения. Без нового судебного решения, предписывающего его заключение, отсутствовали какие-либо юридические основания для его заключения также и после 20 июня 2013 г.

115. По утверждению заявителя, его превентивное заключение с 20 июня 2013 г. и далее было противозаконным и по другой причине, а именно потому, что оно не осуществлялось в соответствующем учреждении для душевнобольных пациентов, как того требует прецедентная практика Европейского Суда (заявитель ссылаясь, в частности, на упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Глин против Германии», § 75). Новый центр превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», в который он был переведен 20 июня 2013 г., не являлся подходящим учреждением для содержания под стражей душевнобольных лиц, поскольку в нем не хватало соответствующего медицинского персонала и лечебных условий. Только пять человек, включая заявителя, из в общей сложности 57 заключенных в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг» содержались под стражей в качестве психически больных лиц. Следовательно, он содержался в тюремных условиях, а не в условиях психиатрической клиники.

2. Власти Германии

116. По мнению властей Германии, превентивное заключение заявителя с 20 июня 2013 г. и далее отвечало требованиям пункта 1 статьи 5 Конвенции. Оно было оправдано в силу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции как заключение под стражу душевнобольного лица.

117. Власти Германии пояснили, что в своем ведущем Постановлении от 4 мая 2011 г. Федеральный конституционный суд Германии предпринял попытку адаптировать нормы Основного закона Федеративной Республики Германия к требованиям пункта 1 статьи 5 Конвенции, а также пункта 1 статьи 7 Конвенции, как это сделал Европейский Суд по упомянутому выше делу «М. против Германии». Федеральный конституционный суд Германии прямо указал, что последующее превентивное заключение впредь может назначаться, если только соблюдены требования подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции (см. выше §§ 72 и 75).

118. По утверждению властей Германии, условия, изложенные в прецедентной практике Европейского Суда относительно заключения под стражу заявителя как душевнобольного человека (власти Германии при этом ссылались на упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии», § 96), были выполнены. В основном разбирательстве Судом земли на основании заключений двух известных

экспертов-психиатров было установлено, что заявитель в соответствующее время страдал подлинным психическим расстройством, а именно тяжелой формой сексуального садизма, то есть, когда было вынесено постановление о последующем превентивном заключении. Это продолжающееся расстройство оправдывало применение принудительного заключения, поскольку существовал высокий риск того, что в случае освобождения заявитель совершит наиболее тяжкие виды насильственных преступлений или преступлений сексуального характера.

119. Как было подтверждено в упоминавшемся выше Постановлении Европейского Суда по делу «Глин против Германии» (§ 84), заявитель мог считаться душевнобольным лицом для целей подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, несмотря на то, что в момент совершения преступления он не находился в состоянии, исключающем или ограничивающем его уголовную ответственность.

120. Содержание заявителя под стражей как душевнобольного лица было законным для целей подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции с 20 июня 2013 г. Оно имело достаточно четкую правовую основу, а именно пункт 2 статьи 7 и пункт 1 статьи 105 Закона о судах по делам несовершеннолетних во взаимосвязи с Постановлением Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г. Кроме того, заявитель был помещен в соответствующее учреждение для душевнобольных пациентов с 20 июня 2013 г. и далее.

121. Власти Германии подчеркнули в этой связи, что Суд земли не назначал содержание заявителя под стражей в соответствующем учреждении 3 августа 2012 г., хотя заявитель первоначально содержался в тюрьме. Напротив, в соответствии с упоминавшимся выше Постановлением Европейского Суда по делу «М. против Германии» и Постановлением Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г. заявитель должен был быть помещен в подходящее учреждение (как можно скорее). Однако это не могло быть реализовано на практике до 20 июня 2013 г., поскольку новый центр превентивного заключения еще только строился. Необходимо было время для адаптации условий превентивного заключения к требованиям Конвенции. С 20 июня 2013 г. и далее заявитель содержался в подходящем учреждении, и в период с 6 мая 2011 г. по 20 июня 2013 г. нарушение пункта 1 статьи 5 Конвенции, как было признано властями Германии в их односторонней декларации, прекратилось, без того, чтобы Суд земли должен был вынести новое постановление.

122. В соответствии с реформированной правовой базой для превентивного заключения на федеральном уровне и на уровне земель Германии (см., в частности, статью 66(с) Уголовного кодекса и Закон Баварии о порядке исполнения превентивного заключения, см. выше §§ 77–80) терапев-

тическое лечение, предоставляемое лицам, содержащимся под стражей в центрах превентивного заключения, хотя и адаптировано к тому факту, что они были привлечены к уголовной ответственности за свои преступления, аналогично лечению, предоставляемому пациентам, находящимся в закрытой психиатрической лечебнице. Главная цель новой общей концепции превентивного заключения теперь сосредоточена на индивидуальном медицинском и терапевтическом уходе за лицами, содержащимися под стражей. Доступный статистический материал (см. выше § 91) свидетельствует о том, что многие лица, превентивное заключение которых было продлено или было им назначено впоследствии, были освобождены из-под стражи после того, как Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии» вступило в силу. Таким образом, очевидно, что лишь некоторые из заключенных считались душевнобольными и оставались под стражей и что нельзя говорить о том, что все лица, содержащиеся в превентивном заключении, классифицировались как страдающие подлинным психическим расстройством.

123. В центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», который в практических целях был построен на территории тюрьмы «Штраубинг», но был полностью отделен от нее, с точки зрения существенно улучшенных бытовых условий и терапевтического ухода, осуществляемого многими новыми специализированными сотрудниками, заявитель был обеспечен интенсивным уходом на основе индивидуальной программы лечения и комплексной терапии. Власти Германии далее подчеркивали, что, хотя лишь небольшое количество заключенных в центре были сексуальными садистами, большинство заключенных страдали психическими расстройствами, и каждому из них было предоставлено индивидуальное лечение, соответствующее его специфическому расстройству.

С. ТРЕТЬЯ СТОРОНА

124. Организация «Европейская сеть по судебной защите прав заключенных» (далее – EPLN) указала, что толкование Палатой Европейского Суда понятия «душевнобольные» лица по смыслу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции в деле «Бергманн против Германии» и в настоящей жалобе таким образом, чтобы отнести к нему лиц, содержащихся в превентивном заключении, приравнивается к лишению этих лиц их конвенционных прав. Толкование данного термина является слишком широким и неясным. EPLN отметила, что согласно позиции Федерального конституционного суда Германии понятие «психическое расстройство» в соответствии с законодательством Германии касается не только патологических

расстройств. Однако термин «душевнобольные» [*persons of unsound mind*], или *aliéné* во французском тексте Конвенции относится к лицам, которые, по крайней мере, находятся в тяжелом патологическом состоянии и способность которых оценивать противоправность своих действий отсутствует или снижена. Кроме того, для того, чтобы быть осужденными в уголовном порядке, соответствующие лица должны были нести уголовную ответственность в момент совершения ими преступления, что было несовместимо с последующим выводом о том, что эти лица являлись душевнобольными.

125. EPLN сочла, что в упоминавшихся выше Постановлениях Европейского Суда по делам «Бергманн против Германии» и «Ильнзеер против Германии» Палата Европейского Суда не защитила соответствующих лиц от произвола, поскольку это не помешало ассимилировать понятие «душевнобольные» и принять его за опасность, исходящую от соответствующих лиц. Это привело к заключению данных лиц под стражу путем умаления их конвенционных прав, как они трактовались в деле «М. против Германии» (упоминавшемся выше).

Д. МНЕНИЕ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Обобщение соответствующих принципов

(а) Основания для лишения свободы

126. Европейский Суд вновь подтверждает, что подпункты «а»–«f» пункта 1 статьи 5 Конвенции содержат исчерпывающий перечень допустимых оснований для лишения свободы, и никакое лишение свободы не может быть законным, если оно не попадает ни под одно из этих оснований (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Дель Рио Прада против Испании» (*Del Río Prada v. Spain*), жалоба № 42750/09, § 123, *ECHR* 2013, с дальнейшими ссылками). Применимость одного основания необязательно исключает применимость другого основания. Содержание под стражей в зависимости от обстоятельств может быть оправдано по более чем одному подпункту (см. Постановление Европейского Суда по делу «Харин против Российской Федерации» (*Kharin v. Russia*) от 3 февраля 2011 г., жалоба № 37345/03¹, § 31, с дальнейшими ссылками). Лишь узкое толкование исчерпывающего перечня допустимых оснований для лишения свободы соответствует цели статьи 5 Конвенции, а именно обеспечению того, чтобы никто не был произвольно лишен свободы (см. среди многих прочих примеров упоминавшееся выше Постановление Европейского

Суда по делу «Винтверп против Нидерландов», § 37, а также Постановление Европейского Суда по делу «Шимоволос против Российской Федерации» (*Shimovolos v. Russia*) 21 июня 2011 г., жалоба № 30194/09², § 51).

127. Что касается обоснования содержания человека под стражей в силу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, то Европейский Суд вновь подтверждает, что понятию «душевнобольные» в этой норме следует придавать автономное значение (см. для сравнения упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Глин против Германии», § 78 и последующие). Это понятие не поддается точному определению, поскольку его значение постоянно развивается по мере прогресса в исследованиях в области психиатрии (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Винтверп против Нидерландов», § 37, а также Постановление Европейского Суда по делу «Ракевич против Российской Федерации» (*Rakevich v. Russia*) от 28 октября 2003 г., жалоба № 58973/00³, § 26). Человек не может быть лишен свободы как «душевнобольной», если не выполнены три следующих минимальных условия: во-первых, должно быть достоверно доказано, что он является душевнобольным человеком, то есть должно быть установлено подлинное психическое расстройство компетентным органом на основании объективной медицинской экспертизы; во-вторых, психическое расстройство должно быть такого характера или степени тяжести, которые требуют принудительного содержания под стражей; в-третьих, правомерность продолжения принудительного содержания под стражей зависит от стойкости такого расстройства (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Винтверп против Нидерландов», § 39, упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Станев против Болгарии», § 145, а также упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии», § 96).

128. При принятии решения о том, следует ли заключать под стражу какое-либо лицо в качестве «душевнобольного», следует учитывать, что государственные органы власти обладают определенными дискреционными полномочиями, поскольку именно они в первую очередь должны оценивать представленные им доказательства по конкретному делу. Задача Европейского Суда состоит в том, чтобы проверить в контексте Конвенции решения этих органов (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Винтверп против Нидерландов», § 40, а также Постановление Европейского Суда по делу «S. про-

¹ См. Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2011. № 10 (примеч. редактора).

² См.: там же. 2012. № 1 (примеч. редактора).

³ См.: Путеводитель по прецедентной практике Европейского Суда по правам человека за 2003 год (примеч. редактора).

тив Германии» (S. v. Germany) от 28 июня 2012 г., жалоба № 3300/10, § 81).

129. Что касается первого условия, при котором лицо должно быть лишено свободы как «душевнобольное», а именно, что истинное психическое расстройство должно быть установлено компетентным органом на основе объективной медицинской экспертизы, то Европейский Суд напоминает, что, несмотря на то, что органы власти государства-ответчика обладают определенными пределами усмотрения, в частности, по существу клинических диагнозов (см. Постановление Европейского Суда по делу «Н.Л. против Соединенного Королевства» (H.L. v. United Kingdom), жалоба № 45508/99, § 98, ECHR 2004-IX), допустимые основания лишения свободы, перечисленные в пункте 1 статьи 5 Конвенции, должны толковаться узко. Психическое состояние должно быть определенной степени тяжести для того, чтобы считаться «подлинным» психическим расстройством по смыслу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, поскольку оно должно быть настолько серьезным, чтобы требовать лечения в клинике для психически больных лиц (см. для сравнения упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Глин против Германии», §§ 82–85, а также Постановление Европейского Суда по делу «Петшулис против Германии» (Petschulies v. Germany) от 2 июня 2016 г., жалоба № 6281/13, § 76).

130. Что касается требований, которые должны быть выполнены «объективной медицинской экспертизой», то Европейский Суд считает в целом, что органы власти государства-ответчика лучше, чем он сам, могут оценить квалификацию соответствующего медицинского эксперта (см., *mutatis mutandis*, Постановление Европейского Суда по делу «Сабева против Болгарии» (Sabeva v. Bulgaria) от 10 июня 2010 г., жалоба № 44290/07, § 58, Постановление Европейского Суда по делу «Бизюк против Польши» (№ 2)» (Biziuk v. Poland) (№ 2) от 17 января 2012 г., жалоба № 24580/06, § 47, а также Постановление Европейского Суда по делу «Руис Ривера против Швейцарии» (Ruiz Rivera v. Switzerland) 18 февраля 2014 г., жалоба № 8300/06, § 59). Однако в некоторых делах Европейский Суд счел необходимым, чтобы медицинские эксперты имели конкретную квалификацию, и, в частности, требовал, чтобы оценка проводилась экспертом-психиатром, если лицо, заключенное под стражу как «душевнобольное», не имело ранее психических расстройств (см. Постановление Европейского Суда по делу «С.В. против Румынии» (C.B. v. Romania) от 20 апреля 2010 г., жалоба № 21207/03, § 56, Постановление Европейского Суда по делу «Тюпа против Чешской Республики» (Tupa v. Czech Republic) от 26 мая 2011 г., жалоба № 39822/07, § 47, упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Руис Ривера против Швейцарии», § 59, Решение Европейского Суда по делу «Фогт про-

тив Швейцарии» (Vogt v. Switzerland) от 3 июня 2014 г., жалоба № 45553/06, § 36), а также иногда оценка должна быть сделана независимым экспертом (см. в этом отношении упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Руис Ривера против Швейцарии», § 64).

131. Кроме того, требование об объективности медицинской экспертизы влечет за собой в свою очередь условие о том, чтобы она была достаточно новой по времени (см. для сравнения Постановление Европейского Суда по делу «Варбанов против Болгарии» (Varbanov v. Bulgaria), жалоба № 31365/96, § 47, ECHR 2000-X, Постановление Европейского Суда по делу «Витек против Польши» (Witek v. Poland) от 21 декабря 2010 г., жалоба № 13453/07, § 41, упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Руис Ривера против Швейцарии», § 60, а также Постановление Европейского Суда по делу «W.P. против Германии» (W.P. v. Germany) от 6 октября 2016 г., жалоба № 55594/13, § 49). Вопрос о том, была ли медицинская экспертиза достаточно новой, зависит от конкретных обстоятельств рассматриваемого дела (см. Решение Европейского Суда по делу «Аурнхаммер против Германии» (Aurnhammer v. Germany) 21 октября 2014 г., жалоба № 36356/10, § 35).

132. Для того, чтобы психическое расстройство было установлено компетентным органом, особенно судом, Европейский Суд вновь подтверждает, что он подчеркивал в контексте вопроса превентивного заключения опасных преступников, что суды страны должны в достаточной степени устанавливать соответствующие факты, на которых базируется решение заключить под стражу соответствующее лицо, выносимое на основе адекватного медицинского заключения (см. в контексте подпункта «а» пункта 1 статьи 5 Конвенции Постановление Европейского Суда по делу «Н.В. против Германии» (H.W. v. Germany) от 19 сентября 2013 г., жалоба № 17167/11, §§ 107 и 113, а также Постановление Европейского Суда по делу «Клинкенбус против Германии» (Klinkenbus v. Germany) от 25 февраля 2016 г., жалоба № 53157/11, § 48, а также в контексте подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «W.P. против Германии», § 49). По мнению Европейского Суда, это требует от государственного органа власти подвергнуть представленное ему экспертное заключение строгой проверке и принять в отношении предоставленных ему материалов собственное решение о том, имело ли соответствующее лицо психическое расстройство.

133. Что касается второго требования, согласно которому для того, чтобы человек был лишен свободы как «душевнобольной», а именно что психическое расстройство должно быть такого рода или такой степени, которые обосновывают обяза-

тельное заключение под стражу (см. выше § 127), Европейский Суд вновь подтверждает, что то или иное психическое расстройство может считаться достигшим такой степени, которая обосновывает обязательное заключение под стражу, если установлено, что заключение под стражу соответствующего лица необходимо, поскольку оно нуждается в терапии, лекарствах или другом клиническом уходе, чтобы вылечить или облегчить его состояние, а также в тех случаях, когда человек нуждается в контроле и наблюдении, чтобы предотвратить, например, причинение им вреда самому себе или другим лицам (см., например, Постановление Европейского Суда по делу «Хатчисон Рейд против Соединенного Королевства» (*Hutchison Reid v. United Kingdom*), жалоба № 50272/99, § 52, *ECHR* 2003-IV, а также упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Петшулис против Германии», § 61).

134. Соответствующей датой, когда должно быть явно установлено, что человек является душевнобольным для целей подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, является дата принятия меры, лишавшей данное лицо свободы вследствие его состояния (см. для сравнения Постановление Европейского Суда по делу «Луберти против Италии» (*Luberti v. Italy*) от 23 февраля 1984 г., § 28, Series A, № 75, упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «В. против Германии», § 68, и «Бергманн против Германии», § 98). Однако, как показывает третье минимальное условие для оправдания заключения человека под стражу, а именно, что обоснованность продолжительного содержания под стражей должна зависеть от стойкости психического расстройства (см. выше § 127), изменения психического состояния лица, если таковые имеют место, после вынесения постановления о заключении под стражу должны быть приняты во внимание.

(b) «Законное» содержание под стражей
«в порядке, установленном законом»

135. Любой акт лишения свободы, помимо тех, на которые распространяются исключения, предусмотренные подпунктами «а»–«f» пункта 1 статьи 5 Конвенции, должны быть «законными». В тех случаях, когда речь идет о «законности» содержания под стражей, включая вопрос о том, был ли соблюден «порядок, установленный законом», Конвенция по существу ссылается на внутреннее законодательство и устанавливает обязательство соблюдать его материально-правовые и процессуальные нормы (см. среди многих прочих примеров Постановление Европейского Суда по делу «Эркало против Нидерландов» (*Erkalo v. Netherlands*) от 2 сентября 1998 г., § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, Постановление Европейского Суда по делу «Барановский против Польши»

(*Baranowski v. Poland*), жалоба № 28358/95, § 50, *ECHR* 2000-III, а также Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Саади против Соединенного Королевства» (*Saadi v. United Kingdom*), жалоба № 13229/03, § 67, *ECHR* 2008).

136. Однако соблюдение законодательства страны само по себе не является достаточным: пункт 1 статьи 5 Конвенции требует, кроме того, чтобы любое лишение свободы соответствовало цели защиты личности от произвола (см. среди многих прочих примеров упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Винтверп против Нидерландов», §§ 37 и 45, упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Саади против Соединенного Королевства», § 67, а также Постановление Европейского Суда по делу «Райнер против Германии» (*Reiner v. Germany*) от 19 января 2012 г., жалоба № 28527/08, § 83).

137. Для того, чтобы содержание под стражей считалось «законным», а не произвольным, должно быть доказано, что лишение свободы было необходимым в обстоятельствах дела (см. упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «Варбанов против Болгарии», § 46, и «Петшулис против Германии», § 64). Содержание человека под стражей является настолько серьезной мерой, что она может быть оправдана только в том случае, если были рассмотрены другие, менее строгие меры и было установлено, что они являются недостаточными для защиты личных или общественных интересов (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «С.В. против Румынии», § 48, Постановление Европейского Суда по делу «Караманов против Греции» (*Karamanov v. Greece*) от 26 июля 2011 г., жалоба № 46372/09, § 42, упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Станев против Болгарии», § 143, а также Постановление Европейского Суда по делу «V.K. против Российской Федерации» (*V.K. v. Russia*) от 4 апреля 2017 г., жалоба № 9139/08¹, § 30, с дальнейшими ссылками).

138. «Законность» содержания под стражей требует наличия определенной связи между основаниями, на которых допускается лишение свободы, а также местом и условиями содержания под стражей. В принципе «содержание под стражей» человека как психически больного пациента будет «законным» для целей подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, если только оно осуществляется в больнице, клинике или ином соответствующем учреждении (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Хатчисон Рейд против Соединенного Королевства», § 49, Постановление Европейского Суда по делу «Бранд против

¹ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2018. № 5 (примеч. редактора).

Нидерландов» (Brand v. Netherlands) от 11 мая 2004 г., жалоба № 49902/99, § 62, упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «Глин против Германии», § 75, и «Бергманн против Германии», § 99, и содержащиеся в этом пункте ссылки).

139. В этом контексте Европейский Суд отмечает, что, как продемонстрировано в настоящем деле, условия содержания под стражей лица, основанные на одном и том же постановлении о содержании под стражей, могут изменяться во время исполнения содержания под стражей на основе этого постановления.

140. Европейский Суд подчеркивает, что по упоминавшемуся выше делу «W.P. против Германии» (§ 24 и последующие) Европейский Суд исключил из списка подлежащих рассмотрению дел жалобу в отношении утверждаемых нарушений пункта 1 статьи 5 Конвенции (и пункта 1 статьи 7 Конвенции) ввиду односторонней декларации властей Германии, признавших нарушения этих норм в течение первого периода содержания под стражей в результате того, что заявитель не содержался в соответствующем учреждении. В отношении второго периода содержания под стражей, следовавшего за переводом W.P. в другое учреждение, но по-прежнему основывавшемся на том же постановлении о содержании под стражей, Европейский Суд пришел к выводу, что содержание W.P. под стражей отвечало требованиям пункта 1 статьи 5 Конвенции (и пункта 1 статьи 7 Конвенции), поскольку он содержался в подходящем заведении для психически больных пациентов с целью лечения его психического расстройства в течение этого второго периода.

141. Подход Европейского Суда подразумевает, что содержание под стражей душевнобольного лица на основании одного и того же постановления о заключении под стражу может становиться законным и тем самым отвечающим требованиям пункта 1 статьи 5 Конвенции после перевода этого лица в соответствующее учреждение. Согласно вышеупомянутому толкованию термина «законность» действительно существует внутренняя связь между законностью лишения свободы и условиями его исполнения. Эта позиция сравнима с подходом к оценке соответствия условий содержания под стражей требованиям статьи 3 Конвенции в тех случаях, когда изменение условий содержания под стражей является определяющим фактором для оценки соблюдения запрета на унижающее достоинство человека обращение (см., в частности, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Муршич против Хорватии» (Muršić v. Croatia), жалоба № 7334/13¹, § 136 и последующие, ECHR 2016). Из этого следует, что соответ-

ствующим моментом или периодом для оценки того, содержалось ли то или иное лицо под стражей в подходящем учреждении для душевнобольных, является период содержания под стражей, о котором идет речь в деле, рассматриваемом Европейским Судом, а не время, когда было вынесено постановление о заключении под стражу.

2. Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

142. Европейский Суд призван определить, распространяется ли в свете вышеизложенных принципов на превентивное заключение заявителя, фигурирующее по данному делу, одно из допустимых оснований для лишения свободы, предусмотренных в подпунктах «а»–«f» пункта 1 статьи 5 Конвенции, и было ли оно «законным» для целей этого положения Конвенции, и, таким образом, были ли соблюдены требования пункта 1 статьи 5 Конвенции.

143. Европейский Суд уточняет, что период, рассматриваемый Большой Палатой Европейского Суда, начал течь 20 июня 2013 г., когда заявитель был переведен из тюрьмы «Штраубинг» в новый центр превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг» (см. выше § 46). Как указано выше (см. §§ 99–103), период с 6 мая 2011 г. до 20 июня 2013 г. не относится к юрисдикции Большой Палаты Европейского Суда. Период, завершившийся 18 сентября 2014 г., когда новое постановление о продлении срока превентивного заключения заявителя было вынесено в производстве по периодической судебной проверке законности и обоснованности выносимых актов (см. выше § 42), которое заявитель может оспаривать отдельно в судах страны.

(а) Основания для лишения свободы

144. При рассмотрении вопроса о том, может ли содержание заявителя под стражей быть оправдано в силу одного из подпунктов «а»–«f» пункта 1 статьи 5 Конвенции, Европейский Суд прежде всего отмечает, что превентивное заключение было назначено заявителю впоследствии в отдельном постановлении от 3 августа 2012 г., вынесенном после приговора суда первой инстанции от 29 октября 1999 г. Учитывая устоявшуюся прецедентную практику Европейского Суда (см. упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «М. против Германии», §§ 96–101, «Глин против Германии», § 107, «Бергманн против Германии», § 104, касавшиеся вопроса о впоследствии продленном превентивном заключении, а также упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «В. против Германии», §§ 71–76, и «S. против Германии», §§ 84–90, относительно вопроса о впоследствии назначенном превентивном заключе-

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 5 (примеч. редактора).

нии), содержание заявителя под стражей не могло быть обосновано подпунктом «а» пункта 1 статьи 5 Конвенции как содержание под стражей лица, «осужденного компетентным судом», поскольку не имелось достаточной причинно-следственной связи между осуждением заявителя судом первой инстанции, которое не являлось постановлением о превентивном заключении, и его лишением свободы в результате постановления о превентивном заключении, вынесенного в 2012 году.

145. Аналогичным образом превентивное заключение заявителя не могло быть оправдано подпунктом «с» пункта 1 статьи 5 Конвенции как «обоснованно сочтенное необходимым для предотвращения совершения им преступления». В соответствии с устоявшейся прецедентной практикой Европейского Суда это основание не относится к политике общей превенции, направленной против лица, представляющего опасность из-за его склонности к совершению преступления. Данная превенция предоставляет Договаривающимся Государствам лишь средства предупреждения достаточно конкретных преступлений, что касается, в частности, времени и места их совершения и потерпевших от них (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии», §§ 89 и 102, с дальнейшими ссылками, а также Постановление Европейского Суда по делу «Йендровяк против Германии» (*Jendrowiak v. Germany*) от 14 апреля 2011 г., жалоба № 30060/04, § 35), которые не охватывают потенциальные дальнейшие преступления, которые могут быть совершены заявителем. Эта позиция не оспаривалась сторонами.

146. Европейский Суд далее изучит вопрос о том, как утверждали власти Германии и оспаривал заявитель, может ли содержание заявителя под стражей быть оправдано как содержание под стражей душевнобольного лица для целей подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Как указывалось выше (см. §§ 127 и 134), для этого в первую очередь необходимо, чтобы в соответствующий момент вынесения постановления о его превентивном заключении от 3 августа 2012 г. было бы достоверно доказано, что заявитель является душевнобольным лицом, то есть подлинное психическое расстройство должно быть установлено компетентным органом на основе объективной медицинской экспертизы.

147. Европейский Суд отмечает, что Суд земли, который консультировался с двумя опытными независимыми медицинскими экспертами, К. и F., был убежден в том, что заявитель страдал расстройством сексуального поведения, а именно сексуальным садизмом, как этот диагноз описан в документе классификации заболеваний, Международной статистической классификации заболеваний и проблем, связанных со здоровьем, в его текущей редакции (МКБ-10). Суд земли удостоверился

в том, что у заявителя были фантазии о сексуальном насилии, влекущем за собой нападения на шеи женщин и их удушение, а затем мастурбацию на их безжизненные тела. Этот сексуальный садизм был тяжелого характера и влиял на развитие заявителя с подросткового возраста. Психическое расстройство вызвало и проявилось в его жестоком преступлении и всё еще сохранялось. Следовательно, заявитель страдал психическим расстройством в значении, отвечающем целям пункта 1 статьи 1 Закона о терапевтическом заключении под стражу. Суд земли уточнил, что в соответствии с этим законом психическое расстройство не должно быть настолько серьезным, чтобы исключить или ограничить уголовную ответственность соответствующего лица (см. выше §§ 32–37).

148. При определении того, можно ли сказать, что тем самым Суд земли установил, что заявитель страдал подлинным психическим расстройством в значении, отвечающем целям пункта подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, Европейский Суд отмечает, что заявитель оспорил этот довод, утверждая, что толкование судом страны термина «психическое расстройство» может быть шире, чем понятия «душевнобольной», и что он не страдал психическим расстройством (см. выше §§ 111–112). Третья сторона утверждала, что понятие «душевнобольной» следует толковать как охватывающее только лиц, имеющих серьезные патологические состояния, способность которых оценивать противоправность своих деяний исключена или, по крайней мере, уменьшена (см. выше § 124).

149. С учетом того факта, что понятие «душевнобольной» должно иметь автономное значение, не требуется, чтобы соответствующее лицо страдало заболеванием, которое исключало бы или ограничивало бы его уголовную ответственность согласно уголовному законодательству страны при совершении преступления (см. также упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «Глин против Германии», §§ 83–84, и «Петшулис против Германии», §§ 74–75).

150. Европейский Суд далее ссылается на свои предыдущие выводы, на которых основывался заявитель, что, как представляется, понятие «душевнобольной» («*aliéné*» во французской редакции текста Конвенции) в подпункте «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции может быть более ограничительным, чем понятие «психическое расстройство» («*psychische Störung*»), содержащееся в пункте 1 статьи 1 Закона о терапевтическом заключении под стражу (см. упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «Глин против Германии», §§ 87–88, «Бергманн против Германии», § 113, а также «W.P. против Германии», § 60). Однако Конвенция не требует, чтобы понятия, используемые в законодательстве государства-участника, и, в частности, понятие «психическое расстройство» для целей пункта 1

статьи 1 Закона о терапевтическом заключении под стражу, определялись бы или интерпретировались таким же образом, как термины, используемые в Конвенции. Решающим, с точки зрения Европейского Суда, является то, установили ли суды страны в рассматриваемом ими деле расстройство, которое можно назвать подлинным психическим расстройством, как определено в прецедентной практике Европейского Суда. В этом контексте Европейский Суд вновь подчеркивает необходимость узкого толкования допустимых оснований лишения свободы (см. выше §§ 126 и 129).

151. В настоящем деле суды Германии установили, что заявитель страдает формой сексуального садизма, что следует рассматривать как серьезное психическое расстройство. Состояние заявителя требовало комплексной терапии, которая должна была быть обеспечена либо в центре превентивного заключения либо в психиатрической больнице (см. выше §§ 32–37). Европейский Суд удостоверился в том, что состояние, диагностированное заявителем, являлось подлинным психическим расстройством, понимаемым для целей подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции.

152. Что касается требования о том, чтобы диагноз подлинного психического расстройства основывался бы на объективной медицинской экспертизе, то Европейский Суд принимает к сведению довод заявителя о том, что ряд экспертов не установил у него психическое расстройство и что эксперты, с которыми консультировались в ходе производства по делу, не имели квалификации для проведения психиатрического обследования молодых людей (см. выше § 111). Как указывалось выше, в первую очередь суды государства-ответчика должны оценивать квалификацию медицинских экспертов, с которыми они консультируются (см. выше § 130). В рассматриваемом деле Суд земли консультировался с двумя опытными независимыми экспертами-психиатрами, К. и F., которые в итоге сочли заявителя страдающим сексуальным садизмом (см. выше § 35). Суд земли далее принял во внимание выводы нескольких врачей, которые ранее обследовали заявителя после задержания прежде, чем сделать вывод о том, что он страдал сексуальным садизмом (см. выше § 36). Заявитель, которому на момент составления заключения экспертов было 33 года, не представил каких-либо конкретных доводов, способных продемонстрировать, что экспертам, с которыми консультировался суд, явно не хватает необходимой квалификации для оценки его психического состояния и представляемой им опасности. Европейский Суд удостоверился в том, что вывод Суда земли, подтвержденный по жалобе, был основан на объективной медицинской экспертизе.

153. В отношении вопроса о том, «установили» ли суды Германии, что заявитель страдал подлин-

ным психическим расстройством в значении, отвечающем целям подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, то Европейский Суд отмечает, что Суд земли в оспариваемом постановлении от 3 августа 2012 г. тщательно изучил выводы, сделанные в заключениях двух экспертов-психиатров, с которыми он консультировался, а также выводы многочисленных медицинских экспертов, которые обследовали заявителя после его задержания после совершения преступления и на этом основании решили, что заявитель страдал сексуальным садизмом (см. выше §§ 34–36).

154. Европейский Суд не упускает из виду в этом контексте тот факт, что Суд земли заключил по делу в 2012 году, что заявитель страдал тяжелым психическим расстройством, тогда как суд первой инстанции решил, что заявитель не страдал таким расстройством, и поэтому пришел к выводу, что заявитель нес полную уголовную ответственность, совершая свое преступление в 1997 году. Однако этого недостаточно для того, чтобы поставить под сомнение установление фактов судами Германии относительно психического состояния заявителя в обстоятельствах рассматриваемого в настоящем деле разбирательства, то есть начиная с 20 июня 2013 г. (см. выше § 103).

155. В этой связи следует отметить, во-первых, что суды страны располагают определенными пределами усмотрения в отношении клинических диагнозов по существу. Кроме того, в деле заявителя Суд земли фактически рассматривал изменения в оценке психического состояния заявителя медицинскими экспертами и судами. Что касается предоставленных ему материалов, то Суд земли установил, что на суде в 1999 году заявитель скрыл садистские мотивы своего преступления. Суд первой инстанции, который также консультировался с двумя врачами-экспертами, тем не менее, уже обнаружил некоторые признаки того, что заявитель в молодости страдал девиантностью сексуального поведения. Еще в 2005–2006 годах заявитель признался двум экспертам в своих фантазиях о сексуальном насилии, которые он воплотил в совершенном им убийстве. Суд земли далее пояснил, что новые показания заявителя, касавшиеся его фантазий, в большей степени согласуются с выводами суда первой инстанции относительно того, каким образом было совершено преступление (см. выше § 36).

156. Европейский Суд добавляет в этом контексте, что имеющийся у него статистический материал (см. выше § 91) показывает, что значительное количество лиц, содержащихся в назначенном или продленном впоследствии превентивном заключении, были освобождены после вынесения упоминавшегося выше Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии». Это можно рассматривать как указание на то, что проводится индивидуальная оценка психического состояния

лиц, содержащихся в назначенном впоследствии превентивном заключении.

157. Кроме того, психическое состояние человека со временем может изменяться. Как указано выше, в контексте подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции необходимо лишь установить, может ли соответствующее лицо осознавать свои действия на дату принятия меры, лишаящей его свободы (в отличие от даты совершения предыдущего преступления, что в любом случае не является предварительным условием для содержания под стражей в силу этого подпункта). При определении того, является ли психическое расстройство такого рода или такой степени, что оправдывает обязательное заключение под стражу, как правило, необходимо оценить опасность, которую лицо представляет для общества в момент вынесения постановления и в будущем. С учетом этих существенных предполагаемых элементов превентивное заключение, назначенное заявителю, может быть наилучшим образом охарактеризовано как «последующее» по отношению к совершенному им преступлению и обвинительному приговору за него, несмотря на тот факт, что при оценке опасности заявителя следует учитывать его судимости, тем самым охватывая ретроспективный аспект (см. также выше §§ 104–106).

158. Европейский Суд далее отмечает следующее: что касается второго условия для того, чтобы человек был классифицирован как «душевнобольной», то Суд земли был прав, считая, что психическое расстройство заявителя было такого рода или такой степени, которые требуют обязательного заключения под стражу ввиду высокого риска, как было установлено данным судом, того, что заявитель в результате этого расстройства в случае освобождения из-под стражи вновь может совершить еще одно тяжкое преступление, аналогичное тому, в совершении которого он уже признан виновным, то есть убийство ради сексуального удовлетворения.

159. В-третьих, обоснованность продолжения заключения заявителя зависела от стойкости его психического расстройства. Согласно законодательству Германии (часть вторая статьи 67(d) Уголовного кодекса во взаимосвязи с пунктами 2 и 3 статьи 316(f) Закона о введении в силу Уголовного кодекса, см. выше § 65) суды могли назначить продолжение его превентивного заключения в последующем производстве по судебной проверке законности и обоснованности этого заключения (см. выше §§ 42 и 64) только в том случае, если и до тех пор, пока существует высокий риск того, что он вновь совершит преступление в результате этого расстройства, если его освободят из-под стражи. Ничто в материалах дела не указывает на то, что этот риск более не имел места в течение периода, фигурирующего в настоящем деле.

160. Следовательно, Европейский Суд заключает, что заявитель являлся душевнобольным лицом в значении, отвечающем целям подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции.

(b) «Законное» содержание под стражей «в порядке, установленном законом»

161. Что касается вопроса о законности содержания заявителя под стражей, Европейский Суд отмечает, что его содержание под стражей было назначено постановлением Суда земли от 3 августа 2012 г. и оставлено без изменения по жалобе согласно подпункту 1 пункта 2 статьи 7 и пункту 1 статьи 105 Закона о судах по делам несовершеннолетних во взаимосвязи с Постановлением Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г. (см. выше §§ 56, 59 и 72).

162. Европейский Суд принимает во внимание довод заявителя о том, что постановление Суда земли от 3 августа 2012 г. было незаконным, как предположительно признали власти Германии в своей односторонней декларации, и что поэтому не было законных оснований для его содержания под стражей. Однако в односторонней декларации власти Германии признали только то, что заявитель не содержался в соответствующем учреждении для душевнобольных лиц в период, предшествующий рассматриваемому в настоящем деле (см. выше § 99). Это не ставит под сомнение обоснованность постановления о заключении под стражу как такового и тем самым его соответствие внутреннему законодательству содержания заявителя под стражей.

163. Европейский Суд отмечает в этом отношении, что, как убедительно разъяснили власти Германии, Суд земли в своем постановлении от 3 августа 2012 г. не назначал превентивное заключение заявителя в конкретном учреждении, а лишь общим образом назначил ему превентивное заключение. В силу принципов, установленных Федеральным конституционным судом Германии в своем ведущем постановлении (см. выше §§ 15 и 68–75, в частности, § 75), как оно было применено Судом земли, это означало, что заявитель должен был содержаться в надлежащем учреждении. Перевод заявителя 20 июня 2013 г. в центр превентивного заключения тем самым отвечал требованиям первоначального постановления, вынесенного Судом земли, которое оставалось законной основой для содержания заявителя под стражей.

164. Законность содержания заявителя под стражей по смыслу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, кроме того, требует, чтобы содержание под стражей исполнялось в соответствующем учреждении для психически больных пациентов. В соответствии с прецедентной практикой Европейского Суда (см. выше §§ 138–141) для оценки этого вопроса должен рассматриваться

период содержания под стражей с 20 июня 2013 г. и до следующего периодического решения в порядке судебной проверки законности и обоснованности по вопросу о продлении срока превентивного заключения заявителя, которое было вынесено 18 сентября 2014 г., а не момент, когда было вынесено постановление о заключении под стражу (в данном случае 3 августа 2012 г.). В период с 20 июня 2013 г. по 18 сентября 2014 г. заявитель содержался во вновь открытом центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг».

165. Европейский Суд отмечает, что заявитель не оспаривал, что в медицинском и терапевтическом лечении, оказываемом ему в этом центре, произошли изменения по сравнению с условиями в тюрьме «Штраубинг». Европейский Суд напоминает, что согласно имеющимся у него данным общее количество сотрудников, 71 человек, приходится на максимум 84 заключенных в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг» (см. выше § 46). В частности, на одного психиатра, семь психологов, одного врача и четырех медсестер возложено обеспечение медицинского и терапевтического ухода за заключенными. Лицам, страдающим психическими расстройствами, предоставляется широкий выбор видов лечения, например, программы лечения для лиц, совершивших насильственные преступления или преступления сексуального характера, индивидуальная терапия, адаптированная к потребностям заключенного, групповая социальная терапия и индивидуальная социально-педагогическая поддержка при необходимости с привлечением внешних терапевтов. Заявителю были предложены индивидуальная или групповая социальная терапия, интенсивная программа лечения для лиц, совершивших преступления сексуального характера, и терапия, проводимая внешним психиатром.

166. Европейский Суд принимает во внимание довод заявителя о том, что, несмотря на эти факторы, центр превентивного заключения не является надлежащим учреждением для душевнобольных, поскольку у большинства лиц, помещенных в центр, не были диагностированы психические расстройства.

167. Европейский Суд отмечает, что в соответствии с конституционным требованием дифференциации превентивного заключения и лишения свободы всем лицам, помещаемым сейчас в режим превентивного заключения, независимо от того, содержались ли они под стражей ввиду психического расстройства, как правило, предоставлены существенно улучшенные бытовые условия содержания под стражей по сравнению с теми, в которых они ранее содержались в отдельных блоках тюрьмы (см. выше § 81). Однако это не дает оснований для вывода о том, что медицинское и терапевтическое обеспечение в центре превентивного заключения не подходит для психически больных

пациентов, таких как заявитель. Как упоминалось выше, заявителю предоставляется индивидуальная программа терапии, адаптированная к его потребностям и психическому состоянию. Кроме того, Европейский Суд принимает во внимание объяснение властей Германии о том, что большое количество заключенных в этом центре страдают психическими расстройствами, требующими лечения, и что все они получают индивидуальное лечение, адаптированное к их конкретным состояниям.

168. С учетом этих факторов Европейский Суд убежден в том, что заявителю были предоставлены медицинские условия, подходящие для лица, содержащегося под стражей в качестве пациента, имеющего психическое расстройство, и, таким образом, он содержался в учреждении, соответствующем по смыслу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Европейский Суд хотел бы отметить в этом контексте, что им был сделан тот же вывод о пригодности нового центра превентивного заключения для содержания под стражей пациентов с психическими расстройствами в отношении заявителя по упоминавшемуся выше Постановлению по делу «Бергманн против Германии» (§§ 118–128).

169. Помимо этого, для того, чтобы постановление о содержании под стражей было «законным» и не основанным на произволе, необходимо доказать, что лишение свободы было необходимо в обстоятельствах дела (см. выше § 137). В настоящем деле (см. выше §§ 33 и 158) суды Германии пришли к выводу, что существовал высокий риск того, что в случае освобождения заявитель совершит новое насильственное преступление сексуального характера, и не считали, что менее суровые меры, чем лишение свободы, были бы достаточны для защиты личных и общественных интересов. Учитывая, что в обстоятельствах данного дела суды Германии на основе мнений экспертов установили значительную опасность соответствующих лиц стать жертвами одного из наиболее тяжких преступлений, наказуемых согласно Уголовному кодексу, Европейский Суд считает, что было доказано, что лишение заявителя свободы в настоящем деле было необходимо.

(с) Заключение

170. Исходя из изложенного следует, что впоследствии назначенное превентивное заключение заявителя, исполненное в результате оспариваемого постановления суда в период с 20 июня 2013 г. по 18 сентября 2014 г. в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», являлось оправданным по смыслу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции в качестве законного заключения под стражу «душевнобольного» лица.

171. Соответственно, Европейский Суд считает, что в этом отношении не было допущено нарушения пункта 1 статьи 5 Конвенции.

IV. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ ПУНКТА 1 СТАТЬИ 7 КОНВЕНЦИИ

172. Заявитель далее жаловался на то, что его «ретроспективно» назначенное превентивное заключение, исполненное на основании постановления Суда земли от 3 августа 2012 г. с 20 июня 2013 г. и далее в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», нарушило также его право не подвергаться наказанию более строгому, чем применимое на момент совершения им преступления в июне 1997 года. Заявитель ссылался на пункт 1 статьи 7 Конвенции, который гласит:

«1. Никто не может быть осужден за совершение какого-либо деяния или за бездействие, которое согласно действовавшему в момент его совершения национальному или международному праву не являлось уголовным преступлением. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления...».

173. Власти Германии оспорили этот довод.

А. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

174. Палата Европейского Суда установила, что ее соображения в контексте пункта 1 статьи 7 Конвенции по упомянутому выше делу «Бергманн против Германии», которые касались превентивного заключения, продленного сверх ранее установленного законом срока, также применимы к настоящему делу о превентивном заключении, назначенном «ретроспективно» в отдельном постановлении. Как и в упоминавшемся выше Постановлении Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии», Европейский Суд пришел к выводу, что в тех случаях, когда превентивное заключение было назначено или продлено с целью лечения психического расстройства в подходящем учреждении, карательный элемент превентивного заключения и его связь с осуждением заявителя в уголовном порядке изменяются до такой степени, что данная мера более не считается уголовным наказанием по смыслу пункта 1 статьи 7 Конвенции. Соответственно, превентивное заключение заявителя более не может квалифицироваться как уголовное наказание. Следовательно, по делу не было допущено нарушения пункта 1 статьи 7 Конвенции.

В. ДОВОДЫ СТОРОН В БОЛЬШОЙ ПАЛАТЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Заявитель

175. Заявитель считал, что его превентивное заключение, которое он отбывал с 20 июня 2013 г. в центре превентивного заключения

в тюрьме «Штраубинг», нарушало пункт 1 статьи 7 Конвенции.

176. Заявитель указывал, что его превентивное заключение было назначено «ретроспективно». На момент совершения им преступления в июне 1997 года Закон о судах по делам несовершеннолетних еще не допускал вынесение постановлений о превентивном заключении в отношении молодых правонарушителей, соответственно, в обвинительном приговоре по его делу в 1999 году не содержалось какого-либо решения о его превентивном заключении. Только лишь 12 июля 2008 г. вступил в силу пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних, который разрешил вынесение постановлений о «ретроспективном» превентивном заключении молодых правонарушителей (см. выше §§ 54–57), на основании какового пункта было вынесено постановление о превентивном заключении заявителя от 3 августа 2012 г.

177. Кроме того, заявитель считал, что его превентивное заключение должно рассматриваться как уголовное наказание. По мнению заявителя, датой для оценки того, является ли мера, назначенная лицу в судебном постановлении, наказанием по смыслу пункта 1 статьи 7 Конвенции, является дата вынесения постановления, назначившего эту меру. На дату вынесения постановления от 3 августа 2012 г., которое затем исполнялось в тюрьме «Штраубинг», содержание заявителя под стражей являлось уголовным наказанием, как было признано властями Германии в их односторонней декларации. Постановление суда от 3 августа 2012 г. нарушало требования Конвенции, а вынесенное судом постановление о превентивном заключении было незаконным также после его перевода в центр превентивного заключения. Заявитель утверждал, что незаконность постановления не могла быть исправлена на более позднем этапе, независимо от того, изменились ли условия исполнения его превентивного заключения в этом центре до такой степени, что такое заключение более не может быть классифицировано как уголовное наказание. Следовательно, постановление суда должно было быть отменено, а дело следовало направить на новое судебное рассмотрение.

178. Ссылаясь на критерии определения того, является ли мера уголовным наказанием для целей пункта 1 статьи 7 Конвенции, как указал Европейский Суд в упоминавшемся выше его Постановлении по делу «М. против Германии» (§ 120), заявитель далее отмечал, что, не принимая во внимание внешнюю сторону дела, его превентивное заключение в любом случае по-прежнему представляет собой наказание в автономном значении термина в соответствии с этим положением Конвенции, а также и после его перевода в центр превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг».

179. Заявитель указывал, что превентивное заключение было ему назначено после его осуж-

дения за преступление. Он подчеркивал, что такое заключение не могло быть назначено без предшествующего осуждения за совершение преступления.

180. По мнению заявителя, превентивное заключение согласно законодательству Германии являлось уголовно-правовой мерой, учитывая, что регламентирующие ее нормы содержались в статьях 66–66(с) Уголовного кодекса и в статье 463 Уголовно-процессуального кодекса.

181. Что касается характера и цели меры, то заявитель отмечал, что превентивное заключение, как оно исполнялось в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг» в соответствии с изменениями согласно Закону о превентивном заключении (отличие от лишения свободы) от 5 декабря 2012 г., радикально отличалось от содержания под стражей в психиатрической больнице. Заявитель подчеркивал, что из 71 новой должности, созданной в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг» (см. выше § 46), только 13 относились к медицинскому персоналу, тогда как большинство должностей относилось к административному персоналу и надзирателям тюрьмы. Кроме того, несмотря на улучшенные условия содержания под стражей в центре превентивного заключения, не существует какого-либо разделения с точки зрения организации между тюрьмой и центром превентивного заключения, поскольку последний является лишь отделением первой и находится на территории этого пенитенциарного учреждения.

182. В отношении процедур, связанных с вынесением и выполнением постановления о превентивном заключении, заявитель отметил, что данная мера была назначена судом по уголовным делам. Ее исполнение регламентировалось судами, ответственными за исполнение приговоров. Кроме того, положения, регулирующие порядок назначения и исполнения превентивного заключения, все еще были частью Уголовного кодекса (статьи 66–66(с)) и Уголовно-процессуального кодекса (статья 463).

183. По утверждению заявителя, суды по гражданским делам имели, по крайней мере, такой же опыт, как суды по уголовным делам в отношении оценки необходимости заключения лиц с психическими расстройствами, состояние которых может привести к совершению тяжких преступлений. Суды по гражданским делам правомочны решать вопрос о содержании под стражей душевнобольных лиц, которые подозреваются в том, что они представляют опасность для общества в соответствии с Законом Баварии о помещении в учреждение психически больных лиц и уходе за ними (см. выше § 90). Кроме того, суды по гражданским делам правомочны назначать содержание душевнобольных лиц под стражей в терапевтических целях в надлежащем учреждении в силу Закона о терапевтическом заключении под стражу (см. выше § 85).

184. Превентивное заключение, которое более не имеет максимальной продолжительности и прекращается только тогда, когда суд признает, что более не существует высокого риска того, что заключенным будут совершены наиболее тяжкие виды насильственных преступлений или преступлений сексуального характера по причине его психического расстройства, по-прежнему является одной из самых суровых мер, если не самой суровой, которая может быть назначена в соответствии с Уголовным кодексом. По мнению заявителя, следует учитывать те факты, что он совершил преступление, будучи молодым человеком, и что он совершил преступление впервые, а также то, что в его деле превентивное заключение может означать практически пожизненное лишение свободы.

185. В целом, по мнению заявителя, все критерии согласно прецедентной практике Европейского Суда, касающиеся квалификации его превентивного заключения в качестве уголовного наказания для целей пункта 1 статьи 7 Конвенции, были соблюдены.

186. Заявитель далее отмечал, что с учетом сравнительно-правового материала, приведенного в упоминавшемся выше Постановлении Европейского Суда по делу «М. против Германии» (§§ 70–73), немногие государства разрешают превентивное заключение для взрослых людей, и, по-видимому, нигде, кроме Германии, не разрешается превентивное заключение для молодых правонарушителей.

2. Власти Германии

187. Власти Германии считали, что с даты перевода заявителя в центр превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», 20 июня 2013 г., постановление о превентивном заключении от 3 августа 2012 г. не налагало на заявителя более сурового наказания, чем то, которое применялось к нему в момент совершения им преступления, поэтому оно соответствовало пункту 1 статьи 7 Конвенции.

188. Власти Германии признали, что пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних вступил в силу только после того, как заявитель совершил свое преступление в 1997 году, что впоследствии позволило назначить ему превентивное заключение, то есть после факта вынесения ему приговора.

189. Однако, по мнению властей Германии, заключение заявителя в соответствующий период, с 20 июня 2013 г. и далее, более не может квалифицироваться как уголовное наказание. Ссылаясь на критерии, установленные в прецедентной практике Европейского Суда для определения того, является ли конкретная мера уголовным наказанием, как указано Европейским Судом в упоминавшемся выше Постановлении по делу «Бергманн против Германии» (§§ 149 и 150), власти Германии утверж-

дали, что единственным постоянным фактором, который следует принимать во внимание, является вопрос о том, была ли назначена соответствующая мера после осуждения за уголовное преступление. Все остальные критерии являются динамичными и поэтому со временем могут изменяться.

190. Следовательно, как Европейский Суд признал в своем упоминавшемся выше Постановлении по делу «Бергманн против Германии» (§§ 164–177), в случае внесения достаточных изменений такая мера может утратить свой прежний карательный характер. Это может произойти во время исполнения меры на основании того же судебного постановления. Было бы излишне формально требовать вынесения нового судебного постановления о превентивном заключении заявителя после его перевода в новый центр превентивного заключения, как только он будет готов к принятию заключенных. Поскольку психическое состояние заявителя не изменилось, новое постановление, вынесенное в июне 2013 года, могло быть только тем же, что и принятое 3 августа 2012 г.

191. Власти Германии далее пояснили, что конкретные критерии отнесения превентивного заключения заявителя к уголовным наказаниям после его перевода в центр превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг» больше не применяются. В отношении вопроса о том, была ли рассматриваемая мера назначена после осуждения за уголовное преступление, власти Германии отмечали, что в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии», в котором постановление о превентивном заключении заявителя являлось частью приговора суда и впоследствии продлевалось, постановление о превентивном заключении заявителя в настоящем деле было вынесено в 2012 году, через много лет после его осуждения в 1999 году, которое не повлекло за собой вынесения постановления о превентивном заключении в отдельном производстве. Соответственно, связь между осуждением заявителя и его превентивным заключением была не настолько близка, как в упоминавшемся выше Постановлении Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии».

192. Что касается квалификации этой меры в соответствии с законодательством Германии, то превентивное заключение никогда не считалось в качестве уголовного наказания в соответствии с прочно устоявшейся двухуровневой системой санкций в уголовном праве Германии, а рассматривалась как исправительная и профилактическая мера. Цель этой двухуровневой системы наказаний, исправительных и профилактических мер заключается в том, чтобы обеспечить возможность в отношении всех правонарушителей ограничивать меры наказания теми, которые строго необходимы для компенсации их вины. Власти Германии подчеркивали, что, как показывает

Ежегодник уголовной статистики Совета Европы (см. выше § 92), эта двухуровневая система приводит к тому, что в Германии наблюдается относительно небольшое количество длительных тюремных заключений по сравнению со многими другими Договаривающимися Государствами.

193. В отношении характера и цели рассматриваемой меры власти Германии пояснили, что заявитель был заключен под стражу не в качестве преступника в целях наказания, а как душевнобольной человек с уголовным прошлым, нуждающийся в лечении, при том, что его психическое расстройство стало новым основанием для его заключения. В соответствии с конституционным принципом соразмерности душевнобольные лица могут содержаться под стражей в течение длительного периода только в том случае, если их опасность уже проявилась в совершении ими тяжкого преступления. Содержание заявителя под стражей в соответствующий период осуществлялось в новом центре превентивного заключения, ориентированном на проведение комплексной терапии, предоставляемой многопрофильной дисциплинарной группой специалистов, которая предпринимала интенсивные усилия по мотивации заявителя пройти соответствующее лечение его расстройства. Поскольку постановление о превентивном заключении не было вынесено судом первой инстанции, а тяжесть его преступления лишь на более позднем этапе послужила основанием для рассмотрения вопроса о том, не страдал ли он психическим расстройством и, следовательно, был опасен, профилактический характер меры был еще более ясен, чем в упоминавшемся выше Постановлении Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии».

194. Власти Германии разъяснили в этом контексте, что после принятия постановления Федерального конституционного суда Германии, целью которого было реализовать упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии», вся система превентивного заключения была пересмотрена федеральным законодательством и законодательством каждой из 16 земель. Власти земель построили новые центры превентивного заключения при значительных затратах (более 200 млн. евро) и наняли большое количество новых сотрудников-экспертов для обеспечения индивидуального ухода и комплексной терапии для всех заключенных. Власти Германии подчеркивали, что реформа системы превентивного заключения в Германии сопровождалась, рассматривалась и, в конечном счете, была одобрена рядом постановлений Палаты Европейского Суда. Эта модель является примером успешного диалога и сотрудничества между Европейским Судом и Верховным судом Германии в целях усиления защиты основных прав в Европе.

195. Таким образом, центр превентивного заключения, в котором содержался заявитель,

являлся не тюрьмой, а был терапевтическим учреждением для лечения лиц с психическими расстройствами, отвечающим стандартам, сопоставимым с теми, которые применяются в закрытых отделениях психиатрических больниц. По этой причине отсутствовала связь между заключением заявителя и его осуждением в уголовном порядке.

196. Что касается процедур, связанных с принятием и реализацией меры, то власти Германии признали, что постановления о назначении и проверке превентивного заключения по-прежнему принимались судами по уголовным делам, а не судами по гражданским делам. Такая ситуация была основана на соображениях целесообразности. Суды, входящие в систему уголовного правосудия, также принимали решения о содержании под стражей в психиатрической больнице в соответствии со статьей 63 Уголовного кодекса. Как было указано в упоминавшемся выше Постановлении Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии» (§ 146), уголовные суды особенно опытни в оценке необходимости заключения под стражу лиц, страдавших психическими расстройствами, состояние которых может стать причиной совершения тяжких преступлений. В любом случае правовые требования, которые должны применяться, будут одинаковыми независимо от того, примет ли суд по гражданским или уголовным делам решение о назначении и проверке превентивного заключения.

197. Власти Германии далее утверждали, что, хотя превентивное заключение является суровой мерой, поскольку закон не устанавливает какой-либо его максимальный срок, оно подлежит регулярной судебной проверке на предмет законности и обоснованности.

198. Власти Германии заключили, что, как в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии», характер и цель превентивного заключения заявителя существенно изменились с момента его перевода в центр превентивного заключения 20 июня 2013 г., и что эта мера более не может квалифицироваться в качестве уголовного наказания.

199. Наконец, власти Германии указали, что ряд Договаривающихся Государств, в том числе Чешская Республика, Франция, Италия, Польша, Швейцария и Соединенное Королевство, разрешают превентивное заключение в отношении несовершеннолетних, совершивших преступления, а заявителю было уже более 30 лет, когда ему было назначено превентивное заключение.

С. ТРЕТЬЯ СТОРОНА

200. EPLN отметила, что дело «Бергманн против Германии», после которого было вынесено настоящее дело, представляет собой радикальное измене-

ние в прецедентной практике Европейского Суда в том смысле, что превентивное заключение, которое было назначено в терапевтических целях лицу, страдающему психическим заболеванием, более не считалось уголовным наказанием. По мнению EPLN, превентивное заключение, исполняемое в новых центрах превентивного заключения в соответствии с Законом о превентивном заключении (отличие от лишения свободы), по-прежнему должно квалифицироваться как уголовное наказание. Оно применяется только к лицам, осужденным в уголовном порядке, и назначается судами по уголовным делам. Оно имеет цель продлить содержание под стражей после того, как осужденные лица отбыли свои наказания. Кроме того, оно исполняется в центрах, расположенных на территории тюрем. Будучи потенциально неограниченным по своей продолжительности, это заключение является одним из наиболее серьезных нарушений основных прав в демократическом обществе, поэтому его «ретроспективное» назначение нарушает пункт 1 статьи 7 Конвенции.

201. По мнению EPLN, цель законодателя Германии при принятии Закона о превентивном заключении (отличие от лишения свободы) состояла в том, чтобы обойти вывод Европейского Суда по упомянутому выше делу «М. против Германии», согласно которому превентивное заключение в том виде, в каком оно существовало, было несовместимо с Конвенцией, относя это заключение к сфере действия подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Однако лечение в тюрьме нельзя сравнивать с помещением в психиатрическую больницу, не связанным с тюремным заключением.

Д. МНЕНИЕ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Обобщение соответствующих принципов

202. Европейский Суд вновь подтверждает, что гарантия, закрепленная в статье 7 Конвенции, которая является важным элементом верховенства права, занимает важное место в конвенционной системе защиты прав человека, о чем свидетельствует тот факт, что от нее не допускаются никакие отступления в соответствии со статьей 15 Конвенции во время войны или при иных чрезвычайных обстоятельствах. Ее следует толковать и применять исходя из ее объекта и цели таким образом, чтобы обеспечить эффективные гарантии против произвольного преследования, осуждения и наказания (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Кафкарис против Кипра» (*Kafkaris v. Cyprus*), жалоба № 21906/04, § 137, ECHR 2008, и упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «М. против Германии», § 117, и «Бергманн против Германии», § 149).

203. Понятие «наказание» в статье 7 Конвенции является автономным. Для того, чтобы защита, предоставляемая статьей 7 Конвенции, была эффективной, Европейский Суд должен быть свободен от внешних воздействий и должен самостоятельно оценивать, является ли та или иная конкретная мера по существу «уголовным наказанием» по смыслу этой нормы Конвенции (см. Постановление Европейского Суда по делу «Уелч против Соединенного Королевства» (Welch v. United Kingdom) от 9 февраля 1995 г., § 27, Series A, № 307-A, Постановление Европейского Суда по делу «Джамиль против Франции» (Jamil v. France) от 8 июня 1995 г., § 30, Series A, № 317-B, а также упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Дель Рио Прада против Испании», § 81). Формулировка второго предложения пункта 1 статьи 7 Конвенции указывает на то, что отправная точка, и это очень весомый фактор (см. упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «Глин против Германии», § 121, и «Бергманн против Германии», § 150), в любой оценке наличия наказания заключается в том, была ли данная мера назначена после осуждения за «преступление». Другими соответствующими факторами являются определение меры в соответствии с внутренним законодательством, ее характер и цель, процедуры, связанные с ее принятием и осуществлением, и ее тяжесть (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Уелч против Соединенного Королевства» § 28, Решение Европейского Суда по делу «Ван дер Вельден против Нидерландов» (Van der Velden v. Netherlands), жалоба № 29514/05, ECHR 2006-XV, а также упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Кафкарис против Кипра», § 142). Однако сама по себе суровость этой меры не является решающим фактором, поскольку многие некарательные меры превентивного характера, равно как и меры, которые должны квалифицироваться в качестве наказания, могут оказывать существенное воздействие на соответствующее лицо (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Уелч против Соединенного Королевства», § 32, упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Дель Рио Прада против Испании», § 82, а также упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии», § 150).

204. Конкретные условия исполнения рассматриваемой меры могут иметь отношение, в частности, к характеру, цели, а также к тяжести этой меры и, таким образом, к оценке того, следует ли данную меру квалифицировать в качестве уголовного наказания для целей пункта 1 статьи 7 Конвенции. Эти условия исполнения могут изменяться в течение периода, охватываемого одним и тем же судеб-

ным постановлением. Аналогичным образом, как и в контексте пункта 1 статьи 5 Конвенции, необходимо уточнить, должны ли быть оценены Европейским Судом условия исполнения меры в то время, когда мера, например, содержание под стражей, была назначена, или условия ее исполнения в более поздний период, факторы, имеющие отношение к оценке того, а также является ли рассматриваемая мера уголовным наказанием по смыслу пункта 1 статьи 7 Конвенции.

205. Исключительным делом, в котором Европейский Суд столкнулся с такой ситуацией, было дело «W.P. против Германии» (упоминавшееся выше, §§ 76–80). В этом деле Европейский Суд решил, что условия превентивного заключения заявителя существенно изменились в течение периода, охватываемого одним и тем же постановлением о заключении под стражу. Как указано ранее (см. выше § 140), хотя Европейский Суд исключил жалобу из списка подлежащих рассмотрению дел в отношении предполагаемого нарушения пункта 1 статьи 7 Конвенции после подачи односторонней декларации властями Германии, признающей нарушение этой нормы Конвенции в период, когда W.P. содержался в тюрьме, Европейский Суд установил, что содержание W.P. под стражей отвечало требованиям пункта 1 статьи 7 Конвенции в период, когда он содержался в новом центре превентивного заключения. Соответственно, при оценке того, должна ли рассматриваемая мера, а именно превентивное заключение W.P., быть квалифицирована в качестве уголовного наказания, Европейский Суд, как и в контексте пункта 1 статьи 5 Конвенции, учел изменения в условиях содержания под стражей, имевшие место во время исполнения меры на основании одного и того же постановления о заключении под стражу.

206. Данный подход подразумевает, что в некоторых редких случаях, особенно если законодательство государства-ответчика не квалифицирует меру в качестве уголовного наказания и ее цель является медицинской, существенное изменение, в частности, в отношении условий исполнения меры может изменить первоначальную квалификацию меры в качестве уголовного наказания по смыслу статьи 7 Конвенции, даже если она осуществляется на основании одного и того же постановления.

207. Большая Палата Европейского Суда считает, что формулировка второго предложения пункта 1 статьи 7 Конвенции, согласно которой не может налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения преступления, не препятствует толкованию этого положения с учетом того факта, что такая мера по-прежнему может «назначаться» в течение более длительного периода при изменении способа ее исполнения и, следовательно, ее характеристик в ходе ее назначения.

208. Кроме того, Европейский Суд полагает, что только он может в полной мере оценить, является ли данная мера по существу уголовным наказанием в свете критериев, разработанных в его прецедентной практике (см. выше § 203), если он учитывает изменения в фактическом исполнении меры на основании одного и того же постановления. Некоторые из этих критериев могут быть охарактеризованы как «статические» или не поддающиеся изменению после той даты, когда мера была назначена, в частности, критерий того, была ли данная мера назначена после осуждения за «уголовное правонарушение» или процедур, связанных с ее принятием. В отличие от этого иные критерии, включая характер, цель меры и ее строгость, могут быть охарактеризованы как «динамические» или подвергающиеся изменениям с течением времени. Для оценки соответствия той или иной меры пункту 1 статьи 7 Конвенции в течение определенного периода фактический способ, которым эта мера была исполнена в течение данного периода, должен считаться актуальным и должен приниматься во внимание Европейским Судом.

209. Следовательно, соответствующей датой или периодом для оценки того, являлась ли рассматриваемая мера уголовным наказанием по смыслу пункта 1 статьи 7 Конвенции, будет являться период, о котором идет речь в настоящем деле, то есть с 20 июня 2013 г. и по 18 сентября 2014 г., а не дата, когда эта мера была назначена.

2. Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

(а) Мнение Европейского Суда в ранее рассмотренных делах о превентивном заключении

210. Рассматривая вопрос о том, должно ли оспариваемое превентивное заключение заявителя квалифицироваться как уголовное наказание для целей второго предложения пункта 1 статьи 7 Конвенции, Европейский Суд прежде всего отмечает, что с 2004 года по ряду жалоб против Германии он был призван определить, приравнивается ли превентивное заключение того или иного лица к уголовному наказанию. Эти жалобы касались различных режимов превентивного заключения, которые изменялись как в отношении их правового основания, так и их реализации на практике. В соответствии со своей прецедентной практикой Европейский Суд должен был истолковать понятие «наказание» в пункте 1 статьи 7 Конвенции автономно по этим делам, также принимая во внимание квалификацию сопоставимых мер в других Договаривающихся Государствах Конвенции (см. упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «М. против Германии»,

§ 126, «Глин против Германии», § 124, а также «Бергманн против Германии», §§ 161–163).

211. В упомянутом выше Постановлении по делу «М. против Германии» (§§ 124–133) Европейский Суд заключил, что превентивное заключение, назначенное и исполненное в соответствии с Уголовным кодексом, действующим в соответствующее время, то есть содержание под стражей в отдельных блоках тюрьмы без того, что условием такого заключения является психическое расстройство, должно было быть квалифицировано как уголовное наказание. В упоминавшемся выше Постановлении по делу «Глин против Германии» (§§ 120–130) Европейский Суд установил, что превентивное заключение заявителя, как оно исполнялось в переходный период между принятием Постановления Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г. и применением на практике Закона о превентивном заключении (отличие от лишения свободы) (см. выше §§ 76–80), который вступил в силу 1 июня 2013 г. и повлек за собой изменение режима содержания под стражей в новых центрах превентивного заключения, являлось уголовным наказанием по смыслу пункта 1 статьи 7 Конвенции. Европейский Суд решил, что не произошло каких-либо значительных изменений в превентивном заключении Глина, которое по-прежнему осуществлялось в отдельном тюремном блоке, по сравнению с ситуацией, о которой шла речь в упоминавшемся выше деле «М. против Германии».

212. В упоминавшемся выше Постановлении по делу «Бергманн против Германии» (§§ 151–183) Европейскому Суду, наконец, было предложено определить, отвечало ли требованиям пункта 1 статьи 7 Конвенции впоследствии продленное превентивное заключение заявителя, которое было исполнено после истечения вышеупомянутого переходного периода, в соответствии с Законом о превентивном заключении (отличие от лишения свободы), в новом центре для лиц, содержащихся в превентивном заключении, то есть в соответствии с новым режимом превентивного заключения.

213. Европейский Суд установил, что превентивное заключение, как правило, все равно считалось уголовным наказанием для целей пункта 1 статьи 7 Конвенции. Однако в таких делах, как дело заявителя, в котором превентивное заключение было продлено с учетом необходимости лечения, психическое расстройство, которое являлось новым условием для продления впоследствии его превентивного заключения, его сущность и цель изменились до такой степени, что они более не должны квалифицироваться в качестве уголовного наказания по смыслу статьи 7 Конвенции. Данное превентивное заключение, таким образом, соответствовало требованиям статьи 7 Конвенции (см. также упоминавшееся выше Постановление

Европейского Суда по делу «W.P. против Германии», §§ 76–79).

214. При определении того, являлось ли впоследствии назначенное превентивное заключение заявителя в настоящем деле уголовным наказанием для целей второго предложения пункта 1 статьи 7 Конвенции, Европейский Суд, как указано выше, считает необходимым проанализировать характеристики данной меры в течение рассматриваемого периода, то есть с 20 июня 2013 г. по 18 сентября 2014 г. В течение этого периода заявитель, который содержался в тюрьме «Штраубинг», был помещен в новый центр превентивного заключения. Европейский Суд отмечает, что в настоящем деле имеется элемент как общий с упоминавшимися выше делами «Бергманн против Германии» и «W.P. против Германии», которые касались превентивного заключения, продленного сверх прежнего установленного законом максимального срока.

(b) Мера, назначенная после осуждения за совершение уголовного правонарушения

215. Что касается вопроса о том, была ли обсуждаемая мера назначена после осуждения за совершение «уголовного правонарушения», то Европейский Суд отмечает, что постановление о превентивном заключении заявителя не было вынесено вместе с обвинительным приговором по его делу (как в упоминавшемся выше деле «Бергманн против Германии»), но было вынесено отдельно в 2012 году, спустя несколько лет после осуждения заявителя в 1999 году. Однако это постановление было связано с осуждением заявителя и тем самым «следовало» за ним, поскольку осуждение в уголовном порядке являлось непрямым предварительным условием вынесения постановления о превентивном заключении согласно пункту 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних (см. выше § 56), когда соответствующий молодой правонарушитель был приговорен, по меньшей мере, к семи годам лишения свободы за преступления против жизни, физической или половой неприкосновенности. Кроме того, в силу этой нормы процедура, касающаяся превентивного заключения, должна быть основана на доказательствах, полученных до окончания срока лишения свободы, назначенного за указанное преступление.

216. Европейский Суд хотел бы добавить, что Суд земли в своем постановлении от 3 августа 2012 г. не назначал заявителю превентивное заключение в конкретном учреждении, но только общим образом назначил ему превентивное заключение. Было ясно, что, когда Суд земли вынес свое постановление, то после Постановления Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г., которое Суд земли применил, заявитель должен был быть как можно скорее пере-

веден в учреждение, предлагающее ему не только более подходящие условия по сравнению с общими бытовыми условиями, но и медицинское лечение, адаптированное к его потребностям как лица, имеющего психическое расстройство. Следовательно, постановление о превентивном заключении распространялось на содержание заявителя под стражей в новом центре превентивного заключения в рассматриваемый период.

(c) Характеристика примененной меры согласно законодательству Германии

217. Что касается квалификации превентивного заключения согласно законодательству Германии, то Европейский Суд отмечает, что в Германии такое заключение не считается и никогда не считалось уголовным наказанием, на которое распространяется абсолютный конституционный запрет на ретроспективное назначение наказания. В своем ведущем Постановлении от 4 мая 2011 г. Федеральный конституционный суд Германии вновь подтвердил, что превентивное заключение, вопреки выводам Европейского Суда, касающимся понятия «наказание» по смыслу статьи 7 Конвенции, не является уголовным наказанием для целей абсолютного запрета обратной силы уголовного закона согласно Основному закону Федеративной Республики Германия (см. выше § 74). Однако Федеральный конституционный суд Германии далее установил, что нормы Уголовного кодекса в отношении назначения и продолжительности превентивного заключения, как они тогда формулировались, не отвечали конституционному требованию о проведении различия между чисто превентивными мерами исправления и профилактики, такими как превентивное заключение, и уголовными наказаниями, например, лишением свободы (см. выше §§ 70–72). В связи с этим Федеральный конституционный суд предписал законодателю внести поправки в нормы, касающиеся превентивного заключения, и в Уголовный кодекс для того, чтобы отразить это различие.

218. В соответствии с указанным требованием законодательные поправки в Уголовный кодекс, введенные Законом о превентивном заключении (отличие от лишения свободы), помогают уточнить и расширить различия между тем, как исполняются превентивное заключение и тюремные сроки (см., в частности, новую статью 66(c) Уголовного кодекса). Таким образом, данные поправки подтверждают и расширяют различия между мерами исправления и профилактики, такими как превентивное заключение согласно положениям Уголовного кодекса, и мерами, которые классифицируются в качестве наказаний в соответствии с давно установившейся двухуровневой системой санкций в уголовном законодательстве Германии (см. упоминавшееся выше Постановление Евро-

пейского Суда по делу «М. против Германии», §§ 45–48 и 125).

(d) Характер и цель примененной меры

219. В отношении характера и цели меры превентивного заключения Европейский Суд отмечает, что в период, относившийся к обстоятельствам дела, заявитель содержался в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг». Соответственно, его лишение свободы не осуществлялось в обычной тюрьме в отдельном блоке для лиц, содержащихся в превентивном заключении, как это было с заявителями в упоминавшихся выше делах «М. против Германии» и «Глин против Германии», но в учреждении, сопоставимом с тем, о котором шла речь в упомянутом выше деле «Бергманн против Германии». Заявитель был далее лишен свободы как душевнобольной человек, и ему было предоставлено лечение его психического расстройства (см. выше § 142 и последующие).

220. Европейский Суд полагает, что имелись существенные различия между лишением свободы в обычной тюрьме и превентивным заключением заявителя в новом центре превентивного заключения, созданным, чтобы отвечать новому правовому режиму превентивного заключения (см., в частности, статью 66(с) Уголовного кодекса и Закон Баварии об исполнении превентивного заключения, а также выше §§ 76–81). В этом центре заявитель отбывал наказание в виде лишения свободы в значительно улучшенных бытовых условиях по сравнению с условиями в обычной тюрьме с целью проведения различия между этими двумя формами содержания под стражей, как того требует Основной закон Федеративной Республики Германия. Например, заявитель содержался в более просторной камере площадью 15 кв. м, включающей кухонный блок и отдельный туалет, и мог свободно перемещаться в пределах центра, в котором были предусмотрены помещения и площадки на открытом воздухе для занятий и отдыха (см. выше § 46).

221. Более того, Европейский Суд отмечает, что в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», как в других подобных центрах (см. выше §§ 47 и 81), большое количество специализированных терапевтических сотрудников предоставляют заключенным, таким как заявитель, медицинское лечение и терапию в соответствии с индивидуальным планом лечения. В настоящее время комплексное терапевтическое лечение заявителя, направленное на улучшение его психического состояния, включает индивидуальную или групповую социальную терапию, участие в интенсивной программе лечения для лиц, совершивших преступления сексуального характера, и терапию, проводимую внешним психиатром. Европейский Суд полагает, что только после периода, охватыва-

емого рассматриваемым здесь разбирательством, заявитель согласился с частью предложений о лечении (см. выше § 47). Однако у Европейского Суда отсутствуют основания сомневаться в том, что сделанные заявителю предложения о лечении были адекватными, достаточными и доступными заявителю в соответствующий период. Тот факт, что он не сразу принял сделанные ему предложения, не влияет на выводы Европейского Суда о характере и цели превентивного заключения заявителя.

222. Как отмечалось в предыдущих постановлениях Европейского Суда (см., в частности, упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «Глин против Германии», §§ 98–99, «Бергманн против Германии», §§ 121–123), после вынесения упомянутого выше Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии» и Постановления Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г. в ответ на него, государственные органы Германии ввели широкий перечень мер на судебном, законодательном и исполнительном уровнях в целях приведения исполнения превентивного заключения в соответствие с требованиями как Основного закона Федеративной Республики Германия, так и Конвенции. Существенные меры, потребовавшие значительных расходов, были приняты для обеспечения лиц, находящихся в превентивном заключении, индивидуальным и интенсивным психиатрическим, психотерапевтическим или социально-терапевтическим лечением, направленным на снижение риска, который они представляют для общества.

223. Европейский Суд, принимая во внимание представленные ему материалы, удовлетворен тем, что указанные меры, принятые властями Германии, повлекли за собой существенное изменение условий, в которых содержатся лица в превентивном заключении. В настоящее время в основе этой формы заключения лежит обращение, направленное на уменьшение угрозы, которую эти лица представляют для общества, до такой степени, что заключение может быть прекращено как можно скорее как в интересах заключенного, так и в интересах общества.

224. Европейский Суд согласен в данном контексте с мнением властей Германии о том, что реформа системы превентивного заключения проводилась и внедрялась на практике на фоне диалога между Европейским Судом и Федеральным конституционным судом Германии (см., в частности, упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «М. против Германии», «Йендровьяк против Германии», а также Постановление Европейского Суда по делу «Шмитц против Германии» (Schmitz v. Germany) от 9 июня 2011 г., жалоба № 30493/04, и упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «Глин против Германии», «Бергманн против Германии», а также Поста-

новления и Решения Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г. по делам №№ 2 BvR2365/09, 2 BvR740/10, 2 BvR2333/08, 2 BvR1152/10 и 2 BvR571/10 и упоминавшиеся выше Постановления Федерального конституционного суда Германии от 15 сентября 2011 г., от 6 февраля 2013 г. по делу № 2 BvR1516/11, от 11 июля 2013 г. по делам №№ 2 BvR2122/11 и 2 BvR2705/11 и от 29 октября 2013 г. по делам №№ 2 BvR2302/11 и 2 BvR1279/12 и дело № 2 BvR1119/12).

225. По мнению Европейского Суда, изменения в способе исполнения превентивного заключения являются основополагающими для лиц, которые, как и заявитель, содержатся под стражей в качестве лиц, страдающих психическими расстройствами. Европейский Суд придает решающее значение в этом контексте тому факту, что в соответствии с пунктом 2 статьи 7 Конвенции и пунктом 1 статьи 105 Закона о судах по делам несовершеннолетних во взаимосвязи с требованиями, изложенными в Постановлении Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г., его последующее превентивное заключение может быть в соответствующее время назначено только при новом дополнительном условии, а именно что он должен страдать психическим расстройством.

226. Это условие не зависит от санкции, первоначально назначенной за совершение уголовного преступления. Таким образом, оно отличает вид превентивного заключения в ситуации заявителя от превентивного заключения опасных преступников, которым оно не было назначено (или продлено) впоследствии. Для заключения этой группы лиц в соответствии с законодательством государства-ответчика не требуется, чтобы они имели психические расстройства, и они не содержатся под стражей в целях лечения таких расстройств.

227. Для лиц, содержащихся под стражей в качестве лиц, страдающих психическим расстройством, превентивная цель, преследуемая измененным режимом превентивного заключения, имеет решающее значение. Европейский Суд не упускает из виду тот факт, что для этой группы лиц, содержащихся под стражей, связь между данной мерой и преступлением (преступлениями), в отношении которого (которых) она была назначена, не полностью разорвана. Одним из предварительных условий для назначения или продления срока превентивного заключения является то, что соответствующее лицо было виновно в совершении тяжкого преступления. Однако с учетом условий, в которых постановления о превентивном заключении исполняются в соответствии с новым режимом, Европейский Суд удовлетворен тем, что в настоящее время основное внимание уделяется медицинскому лечению и терапии соответствующего лица. Медицинское и терапевтическое лечение имело центральное значение для конкретных мер по

уходу за заявителем. Этот факт изменил характер и назначение содержания под стражей таких лиц, как заявитель, и превратил его в меру, ориентированную на медицинское лечение и терапию ранее судимых лиц (см. для сравнения упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии», §§ 164–177).

228. Европейский Суд разъясняет в этом контексте, что в соответствии с выводами, сделанными в упоминавшемся выше Постановлении по делу «Бергманн против Германии» (§ 181), равно как и в его предшествующей прецедентной практике (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии», §§ 124–132), «обычное» превентивное заключение, которое не исполняется с целью лечения психического расстройства заключенного, даже если оно осуществляется в соответствии с новым законодательным порядком, все-таки является уголовным наказанием для целей пункта 1 статьи 7 Конвенции. Улучшенные бытовые условия и уход при таких обстоятельствах недостаточны, чтобы устранить факторы, указывающие на уголовное наказание.

(е) Процедуры, связанные с принятием и осуществлением меры

229. Что касается процедур, связанных с принятием и осуществлением постановления о превентивном заключении заявителя, то Европейский Суд отмечает, что превентивное заключение заявителя было назначено судом первой инстанции (по уголовным делам). Его последующее исполнение должно было определяться судами, ответственными за исполнение наказаний, то есть судами, входящими в систему уголовного правосудия.

230. Европейский Суд считает, что он мог бы подчеркнуть терапевтический характер этой меры, если бы на суды по гражданским делам была возложена обязанность выносить решения о содержании под стражей особо опасных ранее судимых лиц, страдающих психическим расстройством, как это предусмотрено в статьях 1 и 4 Закона о терапевтическом заключении под стражу (см. выше § 85), однако, по-видимому, такое положение не получило практического значения.

231. Вместе с тем Европейский Суд принимает во внимание довод властей Германии о том, что суды, входящие в систему уголовного правосудия, были особенно опытны в оценке необходимости заключения под стражу лиц, страдающих психическим расстройством, которые совершили уголовно наказуемое деяние, поскольку эти суды имели дело с решениями, касающимися содержания под стражей в психиатрических больницах согласно статье 63 Уголовного кодекса (см. выше § 84, а также см. для сравнения упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу

«Бергманн против Германии», § 178). Европейский Суд далее отмечает, что критерии для назначения превентивного заключения были бы теми же самыми независимо от того, обладает ли суд по гражданским делам или суд по уголовным делам, которые оба относятся к судам общей юрисдикции, компетенцией назначать эту меру.

(f) Строгость меры, назначенной заявителю

232. Наконец, в отношении строгости меры, назначенной заявителю, Европейский Суд подчеркивает, что постановление о его превентивном заключении повлекло его содержание под стражей без какой-либо максимальной продолжительности, поэтому она относится к наиболее серьезным мерам, которые могут быть назначены в соответствии с Уголовным кодексом. Европейский Суд отмечает в этом контексте, что как Ежегодник уголовной статистики Совета Европы, так и статистика, предоставленная властями Германии, подтверждают, что постановления о превентивном заключении выносятся в качестве меры *ultima ratio*. В марте 2017 года 591 человек содержался в превентивном заключении в Германии, в стране с численностью населения около 81 млн. человек.

233. Европейский Суд не упускает из виду тот факт, что заявитель был молодым взрослым мужчиной, когда он совершил свое первое преступление, в отношении которого его превентивное заключение было назначено в 2012 году, когда ему было 35 лет. В связи с этим он мог потенциально содержаться под стражей в течение более длительного периода времени, чем лица, в отношении которых такое постановление было вынесено в более зрелом возрасте.

234. Однако, как Европейский Суд постоянно подтверждал (см. выше § 203), сама по себе суровость этой меры не является решающим фактором. Кроме того, в отличие от сроков лишения свободы превентивное заключение также не имело минимальной продолжительности. Освобождение заявителя из-под стражи не исключалось до истечения определенного срока, но зависело от того, когда суды придут к выводу о том, что более не существует высокого риска совершения заявителем наиболее тяжких видов насильственных преступлений или преступлений сексуального характера в результате его психического расстройства.

235. Следовательно, продолжительность заключения заявителя в значительной степени зависела от его сотрудничества в осуществлении необходимых терапевтических мер. Европейский Суд отмечает в этом контексте, что перевод заявителя в новый центр превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг» предоставил ему возможность наилучшим образом добиваться освобождения из-под стражи с помощью терапии, адаптированной к его потребностям. Кроме того, его содер-

жание под стражей было предметом постоянных судебных проверок в относительно короткие промежутки времени (см. выше § 64). Это увеличивало вероятность того, что рассматриваемая мера не продлится слишком долго. Таким образом, суровость постановления о превентивном заключении была смягчена указанными факторами (см. для сравнения упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии», §§ 179–180).

(g) Заключение

236. Учитывая вышеизложенное, Европейский Суд, оценив соответствующие факторы в их полноте и произведя свою оценку, считает, что превентивное заключение, осуществляемое в соответствии с новой законодательной базой в деле заявителя в рассматриваемый период, более не может быть квалифицировано в качестве уголовного наказания по смыслу пункта 1 статьи 7 Конвенции. Превентивное заключение заявителя было назначено в связи с необходимостью лечения его психического расстройства и с целью такого лечения, с учетом его криминального прошлого. Европейский Суд признает, что характер и цель превентивного заключения заявителя, в частности, существенно отличались от обычного превентивного заключения, исполняемого независимо от психического расстройства. Карательный элемент превентивного заключения и его связь с совершенным заявителем преступлением в этих обстоятельствах исчезли до такой степени, что эта мера перестала быть уголовным наказанием.

237. С учетом вышеизложенных выводов отсутствует необходимость рассматривать вопрос о том, было ли последующее превентивное заключение заявителя в соответствии с постановлением о применении и исполнении этой меры более строгой мерой, чем та, которая подлежала применению в момент совершения им уголовного преступления.

238. Европейский Суд отмечает, что его выводы в настоящем деле соответствуют его заключениям по упомянутому выше Постановлению по делу «Бергманн против Германии» (§§ 182–183). Как в своей предшествующей прецедентной практике (см., *inter alia*, упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии», §§ 122 и последующие, с одной стороны, и Постановление Европейского Суда по делу «К. против Германии» (K. v. Germany) от 7 июня 2012 г., жалоба № 61827/09, § 79 и последующие, а также Постановление Европейского Суда по делу «G. против Германии» (G. v. Germany) от 7 июня 2012 г., жалоба № 65210/09, § 70 и последующие, с другой стороны), Европейский Суд не считает, что различия между дальнейшим продлением превентивного заключения сверх ранее

установленного законом срока (см. предмет упоминавшихся выше Постановлений Европейского Суда по делам «Бергманн против Германии» и «W.P. против Германии») и последующим назначением такого заключения в постановлении, вынесенном отдельно от решения суда первой инстанции и следующем за ним, таково, что изменяет оценку соответствия этих мер Конвенции.

239. Таким образом, по делу не было допущено нарушения пункта 1 статьи 7 Конвенции.

V. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ ОТСУТСТВИЕ БЕЗОТЛАГАТЕЛЬНОЙ СУДЕБНОЙ ПРОВЕРКИ ЗАКОННОСТИ И ОБОСНОВАННОСТИ ПРИМЕНЕННОЙ МЕРЫ

240. Заявитель далее указал в жалобе № 10211/12, что суды Германии не выносили решения оперативно в производстве, в котором он обжаловал законность его временного превентивного заключения. При этом он ссылаясь на пункт 1 статьи 6 Конвенции.

241. Как установила Палата Европейского Суда, производство по судебной проверке законности содержания под стражей должно рассматриваться в контексте пункта 4 статьи 5 Конвенции, который гласит следующее:

«4. Каждый, кто лишен свободы в результате ареста или заключения под стражу, имеет право на безотлагательное рассмотрение судом правомочности его заключения под стражу и на освобождение, если его заключение под стражу признано судом незаконным».

242. Власти Германии оспорили этот довод.

A. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

243. Палата Европейского Суда установила, что подлежащий рассмотрению период начался 29 июня 2011 г., когда Суд земли получил жалобу заявителя на постановление о заключении под стражу от 6 мая 2011 г. Этот период завершился 30 мая 2012 г., когда копия решения Федерального конституционного суда Германии от 22 мая 2012 г. была вручена адвокату заявителя. Таким образом, данный период продолжался 11 месяцев и один день в судах трех инстанций. Рассмотрение дела в Федеральном конституционном суде Германии продолжалось восемь месяцев и 22 дня.

244. Принимая во внимание, в частности, особенности конституционного судопроизводства и сложность производства в Федеральном конституционном суде Германии, Палата Европейского Суда установила, что требование оперативности рассмотрения дел было соблюдено в ходе производства в этом суде. Палата Европейского Суда подчеркнула, что отличающаяся роль Федерального конституционного суда Германии в правовой

системе страны была отражена в том факте, что лицо могло добиться новой судебной проверки законности и обоснованности постановления о его заключении под стражу в обычных судах даже в то время, когда предыдущее разбирательство еще не было завершено в Федеральном конституционном суде Германии.

B. ДОВОДЫ СТОРОН В БОЛЬШОЙ ПАЛАТЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Заявитель

245. Заявитель утверждал, что длительность производства, в котором он пытался оспорить законность его временного превентивного заключения, нарушила требование о безотлагательном рассмотрении, предусмотренное пунктом 4 статьи 5 Конвенции.

246. Заявитель считал, что общая продолжительность разбирательства, касавшегося вопроса о законности его временного превентивного заключения, была чрезмерной. С того времени, когда 27 июня 2011 г. он подал жалобу на постановление Суда земли от 6 мая 2011 г., прошло около 11 месяцев, пока Федеральный конституционный суд Германии не вынес свое окончательное решение по вопросу о законности временного превентивного заключения заявителя от 22 мая 2012 г., копия которого была вручена адвокату заявителя 30 мая 2012 г. В частности, разбирательство в Федеральном конституционном суде Германии, который отказался рассматривать его конституционную жалобу от 7 сентября 2011 г., продолжалось восемь месяцев и 23 дня, что составляло неоправданно долгий срок.

247. Заявитель оспорил утверждение о том, что особые черты производства по конституционной жалобе оправдывали более длительный срок разбирательства. Федеральному конституционному суду Германии достаточно было лишь изучить соответствие оспариваемых решений основополагающему праву на свободу, и можно было ожидать, что его решение будет принято в разумные сроки, как это сделали Суд земли и Суд кассационной инстанции. Разбирательство в Федеральном конституционном суде было средней сложности, поскольку судьи, принимавшие решения по жалобе заявителя, были знакомы с его делом, приняв ведущее Постановление от 4 мая 2011 г. по делу заявителя только за год до этого. Кроме того, между ответом заявителя от 1 января 2012 г. на представления органов, которым была направлена конституционная жалоба, и вынесением решения Федерального конституционного суда Германии 22 мая 2012 г. произошла длительная задержка. Заявитель утверждал, что не мог подать еще одну жалобу, пока дело рассматривалось в Федеральном конституционном суде Германии.

2. Власти Германии

248. По мнению властей Германии, разбирательство было проведено оперативно, как того требует пункт 4 статьи 5 Конвенции.

249. Власти Германии подчеркивали, что в соответствующее время суды государства-ответчика были обязаны адаптировать законодательство Германии о последующем превентивном заключении в соответствии с требованиями Конвенции. В период между 4 мая 2011 г. и 1 июня 2013 г., когда законодатель еще не внес изменений в систему превентивного заключения Германии, суды были единственными органами, кто пытался выполнить эту задачу.

250. Власти Германии ссылались на выводы (и согласились с ними) Палаты Европейского Суда в отношении пункта 4 статьи 5 Конвенции. Они утверждали, в частности, что производство в Федеральном конституционном суде Германии соответствовало требованию о безотлагательном рассмотрении, предусмотренном пунктом 4 статьи 5 Конвенции. Производство по делу было сложным в том смысле, что Федеральному конституционному суду Германии пришлось впервые оценивать, применяли ли суды общей юрисдикции его ведущее Постановление от 4 мая 2011 г. правильно. Кроме того, необходимо учитывать особенности конституционного судопроизводства и особую роль Федерального конституционного суда Германии в судебной системе государства-ответчика. Кроме того, заявитель имел и использовал возможность обратиться с новой просьбой к Суду земли о судебной проверке законности и обоснованности его временного превентивного заключения, пока дело находилось на рассмотрении Федерального конституционного суда Германии.

С. МНЕНИЕ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Обобщение соответствующих принципов

251. Европейский Суд вновь подтверждает, что пункт 4 статьи 5 Конвенции, гарантируя содержащимся под стражей лицам право на возбуждение дела об оспаривании законности их заключения под стражу, также гарантирует их право после возбуждения такого дела на скорейшее вынесение судебного решения относительно законности заключения под стражу и постановления о его прекращении, если оно окажется незаконным (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Моорен против Германии» (*Mooren v. Germany*) от 9 июля 2009 г., жалоба № 11364/03, § 106, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Идалов против Российской Федерации» (*Idalov*

v. Russia) от 22 мая 2012 г., жалоба № 5826/03¹, § 154).

252. Вопрос о том, было ли соблюдено право на оперативное вынесение решения, должен решаться с учетом обстоятельств каждого дела (см., *inter alia*, Постановление Европейского Суда по делу «R.M.D. против Швейцарии» (*R.M.D. v. Switzerland*) от 26 сентября 1997 г., § 42, *Reports* 1997-VI, Постановление Европейского Суда по делу «Фешар против Чешской Республики» (*Fešar v. Czech Republic*) от 13 ноября 2008 г., жалоба № 76576/01, § 68, а также Постановление Европейского Суда по делу «Стифенс против Мальты (№ 2)» (*Stephens v. Malta*) (№ 2) от 21 апреля 2009 г., жалоба № 33740/06, § 84) и, как это имеет место в случае оговорки о «разумном сроке», содержащейся в пункте 3 статьи 5 и пункте 1 статьи 6 Конвенции, включая сложность дела, его рассмотрение властями, поведение заявителя и значение разбирательства дела для заявителя (см. упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Моорен против Германии», § 106, с дальнейшими ссылками, Постановление Европейского Суда по делу «S.T.S. против Нидерландов» (*S.T.S. v. Netherlands*), жалоба № 277/05, § 43, *ECHR* 2011, а также Постановление Европейского Суда по делу «Щербина против Российской Федерации» (*Shcherbina v. Russia*) от 26 июня 2014 г., жалоба № 41970/11², § 62).

253. Европейский Суд признает, что сложность медицинских или других вопросов, связанных с рассмотрением ходатайства об освобождении из-под стражи, может стать фактором, который может быть принят во внимание при оценке соответствия требованию «безотлагательности», предусмотренному в пункте 4 статьи 5 Конвенции. Однако это не означает, что сложность конкретных материалов дела даже в исключительных случаях освобождает органы власти страны от основных обязательств в соответствии с этим положением Конвенции (см. для сравнения Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мусьял против Польши» (*Musiał v. Poland*), жалоба № 24557/94, § 47, *ECHR* 1999-II, упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Барановский против Польши», § 72, а также Постановление Европейского Суда по делу «Фразик против Польши» (*Frasik v. Poland*), жалоба № 22933/02, § 63, *ECHR* 2010 (извлечения)).

254. Пункт 4 статьи 5 Конвенции не заставляет Договаривающиеся Государства создавать более чем одну судебную инстанцию для рассмотрения вопроса о законности содержания под стражей и для слушания ходатайств об освобождении.

¹ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2013. № 5 (примеч. редактора).

² См.: там же. 2015. № 1 (примеч. редактора).

дении из-под стражи. Тем не менее государство, создающее вторую судебную инстанцию, должно в принципе предоставлять лицам те же гарантии во второй инстанции, что и в первой инстанции (см. Постановление Европейского Суда по делу «Наварра против Франции» (Navarra v. France) от 23 ноября 1993 г., § 28, Series A, № 273-B, Постановление Европейского Суда по делу «Худобин против Российской Федерации» (Khudobin v. Russia), жалоба № 59696/00¹, § 124, ECHR 2006-XII (извлечения), а также упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «S.T.S. против Нидерландов», § 43), в том числе в отношении безотлагательности проверки вышестоящим судом законности и обоснованности постановления о заключении под стражу, вынесенного нижестоящим судом (см. Постановление Европейского Суда по делу «Пётр Барановский против Польши» (Piotr Baranowski v. Poland) от 2 октября 2007 г., жалоба № 39742/05, § 63). То же самое относится к конституционным судам, которые принимают решение о законности содержания под стражей и выносят решения об освобождении соответствующего лица, если его содержание под стражей не является законным (см. для сравнения Постановление Европейского Суда по делу «Сматана против Чешской Республики» (Smatana v. Czech Republic) от 27 сентября 2007 г., жалоба № 18642/04, § 123, а также Решение Европейского Суда по делу «Меркан против Турции» (Merçan v. Turkey) от 8 ноября 2016 г., жалоба № 56511/16, § 24).

255. Для определения того, было ли выполнено требование о вынесении решения «безотлагательно», необходимо произвести общую оценку в тех случаях, когда разбирательство проводилось на более чем одном уровне юрисдикции (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Наварра против Франции», § 28, и упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Моорен против Германии», § 106). В тех случаях, когда первоначальное постановление о заключении под стражу было вынесено судом (то есть независимым и беспристрастным судебным органом) в рамках процедуры, обеспечивающей соответствующие гарантии надлежащей правовой процедуры, и тогда, когда внутреннее законодательство предусматривает систему обжалования, Европейский Суд готов мириться с более длительными сроками проверки законности и обоснованности судебных актов в ходе разбирательства в суде второй инстанции (см. Постановление Европейского Суда по делу «Лебедев против Российской Федерации» (Lebedev v. Russia) от 25 октября 2007 г., жалоба № 4493/04², § 96, и упоминавшееся выше По-

становление Европейского Суда по делу «Щербина против Российской Федерации», § 65). Эти соображения также применимы к жалобам о нарушении пункта 4 статьи 5 Конвенции, касающимся разбирательств в конституционных судах, которые были отделены от разбирательств в судах общей юрисдикции согласно соответствующим положениям уголовно-процессуального законодательства (см. Постановление Европейского Суда по делу «Жубор против Словакии» (Žúbor v. Slovakia) от 6 декабря 2011 г., жалоба № 7711/06, § 89).

256. Европейский Суд в своей прецедентной практике установил относительно строгие стандарты в отношении вопроса о соблюдении властями государства требования безотлагательности. Анализ его прецедентной практики показывает, что в ходе апелляционного производства в судах общей юрисдикции по вопросу, касающемуся постановления о заключении под стражу, вынесенного судом первой инстанции, задержки более чем на три-четыре недели, за которые власти должны нести ответственность, обязательно затрагивают вопрос о соответствии требованию безотлагательности, предусмотренному пунктом 4 статьи 5 Конвенции, если только более длительный срок рассмотрения не был оправдан в обстоятельствах дела (см. для сравнения, *inter alia*, Постановление Европейского Суда по делу «G.B. против Швейцарии» (G.B. v. Switzerland) от 30 ноября 2000 г., жалоба № 27426/95, §§ 27 и 32–39, в котором было определено, что срок в 32 дня, в течение которых федеральный прокурор и федеральный суд принимали решение по ходатайству заявителя об освобождении из-под стражи, являлся нарушением пункта 4 статьи 5 Конвенции; упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Лебедев против Российской Федерации», §§ 98–102, в котором была установлена ответственность властей за 27 дней из общего периода, которые потребовались апелляционному суду, чтобы вынести решение по ходатайству заявителя об освобождении из-под стражи, что было несовместимо с пунктом 4 статьи 5 Конвенции; в качестве дополнительных примеров см. упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «Пётр Барановский против Польши», § 64, и «Щербина против Российской Федерации», § 65).

2. Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

257. Что касается периода, который должен быть принят во внимание при определении того, выполнили ли власти Германии требование безотлагательности, содержащееся в пункте 4 статьи 5 Конвенции, то Европейский Суд отмечает, что этот период начался 29 июня 2011 г., когда Суд земли получил жалобу заявителя на постановление о заключении под стражу от 6 мая 2011 г. Он

¹ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2007. № 11 (примеч. редактора).

² См.: Российская хроника Европейского Суда. 2007. № 2 (примеч. редактора).

закончился 30 мая 2012 г., когда копия решения Федерального конституционного суда Германии от 22 мая 2012 г. была вручена адвокату заявителя (для подсчета периода времени см. для сравнения упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Сматана против Чешской Республики», § 117, с дополнительными ссылками). Таким образом, он продолжался 11 месяцев и один день в судах трех инстанций.

258. Европейский Суд отмечает, что заявитель оспорил продолжительность разбирательства в Федеральном конституционном суде Германии (восемь месяцев и 23 дня) и в результате общую продолжительность судопроизводства в соответствии с пунктом 4 статьи 5 Конвенции. Как представляется, заявитель не утверждал, что разбирательство в судах общей юрисдикции не отвечало требованию безотлагательности, предусмотренному этим положением Конвенции.

259. Европейский Суд согласен с тем, что Суд земли, который вынес решение об отказе во внесении поправок в постановление о заключении под стражу от 6 мая 2011 г. через пять дней после получения жалобы заявителя 29 июня 2011 г., а именно 4 июля 2011 г., провел разбирательство оперативно.

260. После постановления Суда земли Суд кассационной инстанции, получив представления сторон обвинения и защиты, вынес решение по жалобе заявителя 16 августа 2011 г. Таким образом, разбирательство в этом суде продолжалось 43 дня.

261. По-видимому, заявитель, который пять раз дополнял основания своей жалобы (см. выше § 18), существенно не повлиял на длительность рассмотрения дела в этом суде.

262. Однако Европейский Суд считает, что производство в Суде кассационной инстанции было достаточно сложным как с юридической, так и фактической точек зрения. После отмены Федеральным конституционным судом Германии своей практики в его ведущем постановлении, Суду кассационной инстанции было необходимо рассмотреть вопрос о том, существуют ли по-прежнему веские основания ожидать, что в соответствии с новыми ограничительными стандартами, установленными Федеральным конституционным судом Германии, будет вынесено постановление о последующем превентивном заключении заявителя. Стало необходимо, в частности, определить, существуют ли достаточные основания предполагать, что заявитель страдал психическим расстройством. Такая оценка не была необходима в соответствии с Законом о судах по делам несовершеннолетних, как это толковалось ранее. При проведении этой оценки в деле заявителя суд кассационной инстанции учитывал выводы о фактах, сделанные Судом земли в его постановлении от 22 июня 2009 г., а также заключения четырех медицинских экспертов, запрошенные в ходе этих

и предыдущих разбирательств. Он убедительно мотивировал свое решение, назначающее временное превентивное заключение заявителя.

263. Учитывая сложность разбирательства и тот факт, что Суд кассационной инстанции проверил как суд второй инстанции постановление о заключении под стражу, вынесенное и проверенное судом первой инстанции, и что Европейский Суд готов принимать во внимание более длительные периоды рассмотрения дела (см. выше § 255), он считает, что при рассмотрении дела Суд кассационной инстанции все-таки выполнил требование безотлагательности в обстоятельствах настоящего дела.

264. Европейский Суд далее отмечает, что 29 августа 2011 г. Суд кассационной инстанции вынес свое решение по жалобе заявителя, касавшейся вопроса о нарушении его права быть выслушанным судом и его возражения против постановления суда от 16 августа 2011 г. Копия этого постановления была вручена адвокату заявителя 6 сентября 2011 г. Таким образом, разбирательство продолжалось 21 день, что по вышеуказанным соображениям нельзя признать чрезмерным сроком.

265. Что касается производства в Федеральном конституционном суде Германии, то Европейский Суд отмечает, что заявитель подал свою конституционную жалобу 7 сентября 2011 г., а 25 октября 2011 г., то есть через 47 дней, Федеральный конституционный суд Германии вынес промежуточное решение об отказе в удовлетворении ходатайства заявителя о приостановлении исполнения постановления о его заключении под стражу. Копия решения от 22 мая 2012 г. об отказе рассматривать жалобу была вручена адвокату заявителя 30 мая 2012 г. Следовательно, производство в Федеральном конституционном суде Германии продолжалось в общей сложности восемь месяцев и 23 дня.

266. При определении того, соблюдалось ли с учетом этого относительно длительного периода право заявителя на безотлагательное решение в обстоятельствах настоящего дела, Европейский Суд согласен с тем, что производство в Федеральном конституционном суде Германии было сложным. Следуя своему ведущему Постановлению от 4 мая 2011 г., которое было вынесено, *inter alia*, в отношении заявителя, этот суд должен был впервые оценить, соответствуют ли Основному закону Федеративной Республики Германия толкование и применение судами общей юрисдикции этого ведущего Постановления. Федеральный конституционный суд Германии должен был выяснить, в частности, толковали ли суды общей юрисдикции новые ограничительные критерии для назначения превентивного заключения впоследствии и, в частности, требование о том, что заинтересованное лицо должно страдать психическим расстрой-

ством, когда должны быть задействованы сложные медицинские и юридические вопросы, в соответствии с конституционным правом на свободу.

267. Сложность производства также проявляется в том, что Федеральный конституционный суд Германии до принятия своего решения коммуницировал конституционную жалобу правительству земли Бавария, председателю Верховного федерального суда Германии и генеральному прокурору при этом суде и получил их комментарии, равно как и ответные пояснения заявителя.

268. Европейский Суд полагает, что нельзя сказать, что заявитель, который ответил на представления Правительства земли Бавария, Председателя Верховного федерального суда Германии и генерального прокурора при этом суде от 28, 24 и 25 ноября 2011 г. соответственно своими представлениями от 1 января 2012 г., в значительной степени способствовал продолжительности разбирательства в Федеральном конституционном суде Германии.

269. Федеральный конституционный суд Германии, со своей стороны, не бездействовал в течение периода, когда дело находилось на его рассмотрении. Он провел разбирательство с надлежащим учетом важности права заявителя на свободу, поскольку он довольно быстро вынес мотивированное промежуточное решение по ходатайству заявителя о приостановлении исполнения постановления о его заключении под стражу и коммуницировал конституционную жалобу нескольким сторонам с просьбой представить свои комментарии.

270. Европейский Суд далее считает, что Федеральный конституционный суд Германии проводил разбирательство в ином правовом контексте, чем суды общей юрисдикции, и что при оценке соблюдения требования безотлагательности в соответствии с пунктом 4 статьи 5 Конвенции необходимо учитывать особенности производства в данном суде. Европейский Суд отмечает, что при рассмотрении вопроса о соответствии того или иного постановления о заключении под стражу основополагающему праву на свободу Федеральный конституционный суд Германии также проверяет, как это делают и нижестоящие суды, законность содержания лица под стражей, и правомочен отменять решения судов общей юрисдикции и при необходимости дать указание об освобождении лица из-под стражи, если его содержание под стражей незаконно (см. в качестве примера в этом отношении ведущее Постановление Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г., см. выше §§ 68–75).

271. Однако Федеральный конституционный суд Германии не выполняет проверку дела по существу как дополнительная судебная инстанция, а изучает соответствие постановления о заключении под стражу только Основному закону Федеративной

Республики Германия. Эта специфическая роль Федерального конституционного суда Германии в правовой системе страны отражена в том факте, что согласно законодательству Германии решения суда становятся окончательными, когда суд общей юрисдикции последней инстанции вынес свое решение. Тот или иной заключенный может добиться новой судебной проверки законности и обоснованности постановления о заключении под стражу в судах общей юрисдикции, даже когда предшествующее дело в Федеральном конституционном суде Германии всё еще рассматривается (см. выше § 63, а также см. для сравнения Постановление Европейского Суда по делу «Шахин Алпай против Турции» (*Şahin Alpay v. Turkey*), жалоба № 16538/17, § 137, ECHR 2018).

272. Европейский Суд далее подчеркивает, что заявитель воспользовался этой возможностью в настоящем деле. Вскоре после того, как он подал свою конституционную жалобу 7 сентября 2011 г., заявитель 17 ноября 2011 г. подал новое ходатайство в Суд земли о судебной проверке законности и обоснованности своего временного превентивного заключения. Суд земли и Суд кассационной инстанции рассмотрели новое ходатайство заявителя и оставили его без удовлетворения 28 ноября 2011 г. и 2 января 2012 г. соответственно до вынесения решения Федерального конституционного суда Германии от 22 мая 2012 г. (см. выше § 27).

273. По мнению Европейского Суда, эта возможность не освобождает Федеральный конституционный суд Германии от его обязательства согласно пункту 4 статьи 5 Конвенции безотлагательно принять решение по вопросу о законности содержания заявителя под стражей, чтобы гарантировать, что право на безотлагательное решение остается практическим и эффективным (см. для сравнения, *mutatis mutandis*, упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Сматана против Чешской Республики», §§ 124 и 131). Вместе с тем принятие в расчет в общей оценке того, насколько быстро было принято решение, согласуется с обоснованием его прецедентной практики (см. выше § 255), допускающей более длительные сроки проверки законности и обоснованности судебного акта в ходе разбирательства в суде второй инстанции, когда первоначальное постановление о заключении под стражу было принято судом в рамках процедуры, обеспечивающей адекватные гарантии надлежащей правовой процедуры.

274. Европейский Суд считает, что эти соображения применимы *a fortiori* к разбирательству в конституционном суде как суде дополнительной инстанции, уполномоченной рассматривать вопрос о соблюдении при содержании под стражей только основного права на свободу, и в ходе которого может быть начато новое разбирательство

в судах общей юрисдикции о судебной проверке законности и обоснованности судебного акта. Европейский Суд хотел бы добавить, что относительно строгие стандарты в его прецедентной практике, касающиеся вопроса о соблюдении государствами требования безотлагательности, как это описано в ряде дел выше (см. выше § 256), не были разработаны в делах, связанных с разбирательством в конституционных судах страны, в которых оспаривалась законность содержания под стражей подателя жалобы.

275. В целом, учитывая сложность судебного разбирательства в Федеральном конституционном суде Германии в настоящем деле, ведение производства по делу, в том числе принятие этим судом мотивированного временного решения о продолжении содержания заявителя под стражей, и особенности рассмотрения дела этим судом, что позволило заявителю добиться новой проверки судами общей юрисдикции законности и обоснованности его содержания под стражей, при том, что дело всё еще находилось на рассмотрении в Федеральном конституционном суде Германии, Европейский Суд заключает, что в конкретных и специфических обстоятельствах дела (см. выше §§ 270 и 271) требование безотлагательности, предусмотренное пунктом 4 статьи 5 Конвенции, было соблюдено.

276. С учетом вышеизложенных выводов Европейский Суд, производя общую оценку, считает, что право заявителя на безотлагательное судебное решение было соблюдено в ходе всего разбирательства в отношении законности его временного превентивного заключения.

277. Соответственно по делу не было допущено нарушения пункта 4 статьи 5 Конвенции.

VI. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ ОТСУТСТВИЕ БЕСПРИСТРАСТНОСТИ СУДЬИ Р.

278. Наконец заявитель жаловался на то, что судья Р. был настроен против него в основном разбирательстве в Суде земли в г. Регенсбурге, касавшемся его «ретроспективного» превентивного заключения. Заявитель при этом ссылаясь на пункт 1 статьи 6 Конвенции, который в соответствующей части гласит:

«Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое... разбирательство дела... независимым и беспристрастным судом...».

279. Власти Германии оспорили этот довод.

А. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

280. Палата Европейского Суда, решившая, что пункт 1 статьи 6 Конвенции применим в его гражданско-процессуальном аспекте к производству по

вопросу о законности постановления о превентивном заключении заявителя, установила, что в обстоятельствах настоящего дела у судьи Р. не было личных предубеждений и что отсутствовали объективно оправданные сомнения в его беспристрастности в этом деле с точки зрения пункта 1 статьи 6 Конвенции.

В. ДОВОДЫ СТОРОН В БОЛЬШОЙ ПАЛАТЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Заявитель

281. Согласно утверждениям заявителя Суд земли, который при участии судьи Р. назначил ему превентивное заключение, не был беспристрастным, как того требовал пункт 1 статьи 6 Конвенции.

282. Заявитель указывал, что имелось достаточно доказательств того, что судья Р. не был беспристрастен ввиду его личных убеждений и поведения (субъективный тест). Судья Р. предупредил женщину-адвоката, чтобы она была осторожна после освобождения заявителя, и не обнаружила его стоящим перед ее дверью, ожидающим, чтобы «поблагодарить» ее лично. Как правильно установила Палата Европейского Суда, это высказывание следовало понимать как означающее, что судья Р. полагал, что существует риск того, что заявитель совершит тяжкое насильственное преступление или преступление сексуального характера против своего адвоката, если окажется на свободе.

283. Заявитель подчеркивал, что судья Р. не допустил свое высказывание по поводу угрозы, которую предположительно представлял заявитель, излагая мотивы для вынесения постановления Суда земли от 22 июня 2009 г. Оспариваемое высказывание было сделано в ходе разговора о возможности последующего перевода заявителя в психиатрическую больницу, который произошел между судьей Р. и женщиной – адвокатом заявителя после того, как Суд земли вынес указанное постановление. В этом контексте упоминание о данной угрозе было совершенно неуместным, и не было никаких причин допускать его. Таким образом, судья Р. необоснованно вмешался в отношения между адвокатом и клиентом и действовал непрофессионально. Следовательно, судья Р. был предвзят, и у заявителя были основания предполагать у него отсутствие беспристрастности в процессе разбирательства, в котором Р. вновь входил в состав суда.

2. Власти Германии

284. Власти Германии считали, что, как правильно установила Палата Европейского Суда, право заявителя на справедливое разбирательство

дела беспристрастным судом, гарантируемое пунктом 1 статьи 6 Конвенции, нарушено не было.

285. Власти Германии согласились с тем, что высказывание, которое судья Р. предположительно допустил в 2009 году в присутствии защитника заявителя, означало, что судья предполагал существование риска того, что заявитель совершит тяжкое насильственное преступление или преступление сексуального характера в отношении своего адвоката, если его выпустят на свободу. Однако отсутствовали доказательства того, что у судьи Р. были личные предубеждения против заявителя. Он допустил оспариваемое высказывание в ходе конфиденциальной встречи сразу после того, как Суд земли, членом которого он являлся, назначил последующее превентивное заключение заявителя, поскольку существовал высокий риск совершения им тяжких преступлений, включая убийство ради сексуального удовлетворения, если бы заявитель был освобожден. Таким образом, это высказывание являлось резким обобщением оценки риска, исходящего от заявителя, только что сделанного в постановлении Суда земли, и было адресовано юристам, которые знали дело и его контекст.

286. Кроме того, тот факт, что 22 июня 2009 г. судья Р. несколько резко подтвердил свою убежденность в том, что заявитель представлял опасность, не вызвал объективно обоснованных сомнений в том, что судья не проявил беспристрастность в рассматриваемом разбирательстве, которое состоялось примерно три года спустя и завершилось вынесением постановления Суда земли от 3 августа 2012 г. Отсутствовали какие-либо законные основания бояться того, что судья Р. не произведет необходимую новую оценку опасности заявителя на основе новых доказательств и в соответствии с законом, измененным Постановлением Федерального конституционного суда Германии от 4 мая 2011 г.

С. МНЕНИЕ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Обобщение соответствующих принципов

287. В своем Постановлении от 2 февраля 2017 г. по настоящему делу Палата Европейского Суда исчерпывающим образом обобщила принципы, относящиеся к данному делу, следующим образом (см. *ibid.*, §§ 120–123):

«Европейский Суд вновь подтверждает, что наличие беспристрастности для целей пункта 1 статьи 6 Конвенции должно быть определено в соответствии с (i) субъективным критерием, где внимание должно быть обращено на личные убеждения и поведение конкретного судьи, то есть имел ли судья какие-либо личные предубеждения или предвзятость в конкретном деле, а также (ii) с объективным критерием, предполагающим выяснение того, предоставлял ли сам суд

и, в частности, его конкретный состав достаточные гарантии, чтобы исключить любое законное сомнение в отношении его беспристрастности (см., *inter alia*, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу “Клейн и другие против Нидерландов” (Kleyn and Others v. Netherlands), жалобы №№ 39343/98, 39651/98, 43147/98 и 46664/99, § 191, ECHR 2003-VI, и Постановление Европейского Суда по делу “Александр Волков против Украины” (Oleksandr Volkov v. Ukraine), жалоба № 21722/11, § 104, ECHR 2013).

...Что касается субъективного критерия, то личная беспристрастность судьи должна презюмироваться, пока не будет доказано обратное (см. Постановление Европейского Суда по делу “Морель против Франции” (Morel v. France), жалоба № 34130/96, § 41, ECHR 2000-VI, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу “Микаллеф против Мальты” (Micallef v. Malta), жалоба № 17056/06, § 94, ECHR 2009).

...Что касается объективного критерия, то необходимо определить, имеются ли, помимо поведения судьи, достоверные факты, которые могут вызывать сомнения в отношении его беспристрастности. Это означает, что при решении вопроса о том, есть ли в конкретном случае законные основания опасаться, что конкретному судье или составу суда недостает беспристрастности, важное, но не решающее значение имеет позиция соответствующего лица. Решающим является тот факт, можно ли считать это опасение объективно оправданным (см. Постановление Европейского Суда по делу “Веттштайн против Швейцарии” (Wettstein v. Switzerland), жалоба № 33958/96, § 44, ECHR 2000-XII, и упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу “Микаллеф против Мальты”, § 96).

...В качестве общего правила, вытекающего из обязательства быть беспристрастным, нельзя утверждать, что вышестоящий суд, отменяющий административное или судебное решение, обязан направлять дело в другой суд или в иной состав суда (см. Постановление Европейского Суда по делу “Рингейзен против Австрии” (Ringelsen v. Austria) от 16 июля 1971 г., § 97, Series A, № 13, и Постановление Европейского Суда по делу “Дьенне против Франции” (Diennet v. France) от 26 сентября 1995 г., § 38, Series A, № 325-A).

2. Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

288. Европейский Суд напоминает, что в своем Постановлении по настоящему делу Палата Европейского Суда привела следующее обоснование своего вывода о том, что заявитель был заслушан беспристрастным судом по смыслу пункта 1 статьи 6 Конвенции в обсуждаемом деле (см. *ibid.*, §§ 124–128):

«Что касается предположительного отсутствия у судьи Р. беспристрастности в настоящем деле, то Европейский Суд отмечает, что суды Германии рассматривали дело, основываясь на предположении о том, что судья Р. мог бы допустить высказывание, о котором идет речь... и поэтому он будет исходить из этого же предположения.

Европейский Суд далее отмечает, что судья Р. допустил оспариваемое высказывание в ходе конфиденциального обмена мнениями между судьями и двумя адвокатами заявителя. Эта дискуссия, которая состоялась сразу после того, как Суд земли вынес свое первое постановление, назначающее заявителю ретроспективное превентивное заключение 22 июня 2009 г., касалась возможного будущего перевода заявителя в психиатрическую больницу. По-видимому, стороны не оспаривали и Европейский Суд согласен с этим толкованием, что высказывание, предположительно сделанное судьей Р. в данном контексте, следует понимать таким образом, что женщина – адвокат заявителя должна быть осторожна, чтобы заявитель не навел и не “поблагодарил” ее после освобождения, и что судья Р. решил, что существовал риск того, что заявитель в случае освобождения из-под стражи совершит тяжкое насильственное преступление или преступление сексуального характера против своего адвоката (аналогичное тому, в котором он был признан виновным).

...Прежде всего Европейский Суд хотел бы подчеркнуть важность профессионального поведения при выполнении судебных функций. При определении того, было ли установлено с учетом этого аспекта, что предположительное высказывание означало, что судья Р. был лично предубежден против заявителя (см. вышеупомянутый “субъективный критерий”), Европейский Суд придает решающее значение контексту, в котором судья Р. допустил свое высказывание. Исходя из предположения о том, как считали суды Германии, что судья действительно допустил свое высказывание, он сделал это сразу после того, как Суд земли, в состав которого он входил, назначил заявителю ретроспективное превентивное заключение, поскольку Суд земли решил, что заявитель по-прежнему страдал фантазиями, связанными с сексуальным насилием, и что существует высокий риск того, что заявитель будет вновь совершать тяжкие преступления сексуального характера, включая убийства ради сексуального удовлетворения, если будет освобожден... При таких условиях высказывание судьи Р. по существу было равносильно подтверждению вывода Суда земли в постановлении, которое он только что вынес. В связи с этим Европейский Суд не убежден в том, даже если предположить, что высказывание было допущено, что имеются достаточные доказательства того, что судья Р. проявлял враждебность по личным причинам и, таким образом, был лично предубежден против заявителя.

...Далее Европейский Суд должен изучить вопрос о том, может ли поведение судьи Р. вызвать объективно обоснованные сомнения в его беспристрастности с точки зрения внешнего наблюдателя (см. вышеупомянутый “объективный критерий”). Европейский Суд отмечает, что Суду земли, в том числе судье Р., пришлось принять новое постановление о том, следует ли назначить ретроспективное превентивное заключение заявителя после того, как Федеральный конституционный суд Германии отменил свое постановление от 22 июня 2009 г. и передал дело в Суд земли.

...Европейский Суд, имея в виду свою прецедентную практику... считает, что тот простой факт, что судья Р. уже был членом состава суда, кото-

рый вынес первое постановление о ретроспективном превентивном заключении заявителя и, кроме того, после отмены этого постановления был членом состава суда, вынесшего постановление о ретроспективном превентивном заключении заявителя заново 3 августа 2012 г., недостаточен, чтобы вызвать объективно обоснованные сомнения в его беспристрастности.

...Европейский Суд далее указывает, что тот факт, что 22 июня 2009 г. судья Р. в своем оспариваемом высказывании предположительно подтвердил, что он считал заявителя опасным для общества, не вызывает объективно обоснованных сомнений в том, что этот судья не проявил беспристрастности в рассматриваемом деле. В ходе разбирательства данного дела, которое было прекращено примерно через три года после оспариваемого высказывания, Судом земли были заслушаны новые доказательства для того, чтобы определить, следует ли в то время и в соответствии с законом, измененным постановлением Федерального конституционного суда Германии, отменяющим предыдущую практику. Оспариваемое высказывание не дает каких-либо законных оснований предполагать, что судья Р. не произвел бы эту необходимую новую оценку уровня опасности, которую представлял заявитель на основе представленных доказательств и доводов, заслушанных в ходе нового разбирательства».

289. Большая Палата Европейского Суда хотела бы подчеркнуть, что, если предположить, что судья Р. на самом деле допустил это крайне неуместное высказывание, он проявил непрофессионализм. Однако она считает, что по причинам, подробно изложенным Палатой Европейского Суда, с которыми Большая Палата Европейского Суда соглашается, такое поведение в обстоятельствах настоящего дела не доказывает, что судья Р. был лично предубежден против заявителя или что имеются объективно обоснованные сомнения в его беспристрастности в рассматриваемом разбирательстве.

290. Соответственно по делу не было допущено нарушения пункта 1 статьи 6 Конвенции.

На основании изложенного Большая Палата Суда:

1) постановила 15 голосами «за» при двух – «против», что по делу не было допущено нарушения пункта 1 статьи 5 Конвенции в связи с превентивным заключением заявителя с 20 июня 2013 г. и далее в результате принятия оспариваемого постановления о его последующем превентивном заключении;

2) постановила 14 голосами «за» при трех – «против», что по делу не было допущено нарушения пункта 1 статьи 7 Конвенции в связи с превентивным заключением заявителя с 20 июня 2013 г. и далее в результате принятия оспариваемого постановления о его последующем превентивном заключении;

3) постановила единогласно, что по делу не было допущено нарушения пункта 4 статьи 5 Конвенции в связи с длительностью производства по проверке

законности и обоснованности временного превентивного заключения заявителя;

4) постановила 15 голосами «за» при двух – «против», что по делу не было допущено нарушения пункта 1 статьи 6 Конвенции в связи с предположительным отсутствием беспристрастности у судьи Р. в основном разбирательстве, касающемся вынесения постановления о последующем превентивном заключении заявителя.

Совершено на английском и французском языках, оглашено на открытом слушании дела во Дворце прав человека в г. Страсбурге 4 декабря 2018 г.

Йохан КАЛЛЕВАРТ	Гвидо РАЙМОНДИ
Заместитель Секретаря	Председатель
Большой Палаты Суда	Большой Палаты Суда

В соответствии с пунктом 2 статьи 45 Конвенции и пунктом 2 правила 74 Регламента Европейского Суда к настоящему Постановлению прилагаются следующие отдельные мнения:

(а) совпадающее мнение судьи Жоржа Раварани;

(b) частично особое мнение судьи Линос-Александра Сицилианоса;

(с) особое мнение судьи Пауло Пинто де Альбукерке, к которому присоединился судья Дмитрий Дедов.

СОВПАДАЮЩЕЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ЖОРЖА РАВАРАНИ

(Перевод)

1. Я согласен с моими коллегами, что по делу не было допущено нарушения статьи 7 Конвенции, и также согласен с другими частями Постановления. Причина, по которой я излагаю отдельное мнение, заключается в том, что, на мой взгляд, необходимо внести некоторые уточнения в формулировки общих принципов, изложенных в §§ 202–209 настоящего Постановления, касающихся статьи 7 Конвенции.

2. Европейский Суд делает вывод, что, в частности, «если законодательство государства-ответчика не квалифицирует меру в качестве уголовного наказания и если ее цель является медицинской, существенное изменение, в частности, в отношении условий исполнения меры может изменить первоначальную квалификацию меры в качестве уголовного наказания по смыслу статьи 7 Конвенции, даже если она осуществляется на основании одного и того же постановления». Кроме того, Европейский Суд считает, что «формулировка второго предложения пункта 1 статьи 7 Конвенции, согласно которой не может налагаться наказание

более тяжкое, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения преступления, не препятствует толкованию этого положения с учетом того факта, что такая мера по-прежнему может “назначаться” в течение более длительного периода при изменении способа ее исполнения и, следовательно, ее характеристик в ходе ее назначения» (см. §§ 206–207 настоящего Постановления).

3. Кратко говоря, как Европейский Суд дает ясно понять в § 208 настоящего Постановления, некоторые из критериев, изложенных в прецедентной практике Европейского Суда для оценки того, является ли мера уголовным наказанием для целей статьи 7 Конвенции, могут быть охарактеризованы как «статические» или «не поддающиеся изменению после той даты, когда мера была назначена». В частности, это относится к тому, была ли обсуждаемая мера назначена после осуждения за «уголовное правонарушение» или процедур, связанных с ее принятием. «В отличие от этого иные критерии, включая характер, цель меры и ее строгость, могут быть охарактеризованы как “динамические” или поддающиеся изменениям с течением времени». В связи с этим «для оценки соответствия той или иной меры пункту 1 статьи 7 Конвенции в течение определенного периода фактический способ, которым эта мера была исполнена в течение данного периода, должен считаться актуальным и должен приниматься во внимание Европейским Судом» (см. § 208 настоящего Постановления).

4. Такая аргументация требует разъяснений с тем, чтобы избежать любых недоразумений. Фактически нам, возможно, придется признать, что концепция «наказания» по статье 7 Конвенции не является фиксированной и объективной, а является текучей или «динамической», как указано в § 208 самого Постановления, в том смысле, что мы можем иметь дело либо с «наказанием» либо с «принудительной мерой» в зависимости от условий ее осуществления.

5. Следует сказать, что в настоящем Постановлении также содержится ссылка на меры, которые могут быть охарактеризованы как «статические» или не поддающиеся изменению после той даты, когда мера была назначена, в частности, меру, назначенную лицу после осуждения за «уголовное правонарушение» и критерий процедур, связанных с ее принятием. Однако есть еще следующий момент: чтобы оставаться в пределах одной из категорий, используемых Европейским Судом, даже с точки зрения самой меры, можно было бы провести различие между статическим и динамическим элементом после принятия указанной меры. Вместе с тем эти термины, по-видимому, не вполне подходят для отражения реальности, лежащей в основе наказания, предусмотренного статьей 7 Конвенции. Представляется более целесообразным проводить различие между фактическим характером в соответствии с внутрисударствен-

ным законодательством предписываемой меры (что является ее *абстрактным*¹ аспектом) и ее эффективным осуществлением (что является ее *конкретным* аспектом).

6. Важно установить фактический характер меры по смыслу статьи 7 Конвенции, поскольку это знаменует собой необходимый этап в разграничении соответствующих областей применения этой статьи Конвенции и пункта 1 статьи 5 Конвенции. Хотя последний в принципе запрещает лишение лица свободы, но при определенных условиях он это разрешает. Данные условия включают, в частности, те, которые указаны в подпункте «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции относительно душевнобольных лиц, которые могут содержаться под стражей в весьма конкретных условиях, как они определены прецедентной практикой Европейского Суда (см. § 126 и последующие настоящего Постановления).

7. Отправной точкой в деле «Ильнзеер против Германии» было следующее: заявитель был сначала осужден в соответствии с Уголовным кодексом Федеративной Республики Германия и впоследствии приговорен к «превентивному заключению», которое согласно классификации, используемой в законодательстве Германии, является не уголовным наказанием, а дополнительной мерой, которая, как в настоящем деле, применяется к душевнобольному пациенту и должна осуществляться в больнице, обеспечивающей адекватную психологическую и психиатрическую помощь. Фактически же сразу после того, как мера была назначена, заявитель содержался в тюрьме, где ему не оказывали никакой медицинской помощи, и только после этого был переведен в соответствующее учреждение, предоставляющее такое лечение, о котором стоило бы говорить.

8. Европейский Суд был призван выносить решения о совместимости с Конвенцией второго этапа содержания под стражей в соответствии со статьей 7 Конвенции, запрещающей наказания, которые не предусмотрены законом, и те, которые введены задним числом. В настоящем деле речь идет о классификации «наказания», поскольку, если Европейский Суд приходит к выводу о том, что эта мера не является уголовным наказанием, то отсутствует нарушение статьи 7 Конвенции. Вопрос заключается в том, мог ли Европейский Суд при оценке того, являлась ли назначенная мера наказанием, ограничиться классификацией, используемой в законодательстве государства-ответчика, и, если, как было в настоящем деле, внутреннее законодательство не классифицирует меру как уголовное наказание, сразу же исключить применение статьи 7 Конвенции, продолжая оценивать, были ли условия содержания под стражей совместимы

с требованиями подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции.

9. Данный подход чрезмерно ограничил бы сферу действия статьи 7 Конвенции и, кроме того, позволил бы государству избегать этого положения (от которого не допускается никакое отступление согласно статье 15 Конвенции, в то время как усиленная защита, предусмотренная в последнем положении Конвенции, неприменима к статье 5 Конвенции), просто установив в своем законодательстве, что некоторые меры по содержанию под стражей не относятся к уголовному законодательству. Было бы недооценкой полномочий и обязанностей Европейского Суда придавать автономное значение концепциям, используемым в Конвенции, что имеет жизненно важное значение для применения одних и тех же стандартов ко всем государствам-членам (и что также не позволяет государствам пытаться уклониться от применения Конвенции или ее конкретных положений, прибегая к злоупотреблениям или ошибочным классификациям).

10. Фактически для того, чтобы охарактеризовать меру как уголовное наказание, Европейский Суд просто рассматривает классификацию меры в соответствии с внутригосударственным законодательством в качестве одного этапа (среди прочего, например, назначение меры после вынесения обвинительного приговора по уголовному делу), который можно охарактеризовать как «абстрактный». В тех случаях, когда мера наказания не классифицируется как уголовное наказание, Европейский Суд рассмотрит, как она *понимается*: он будет оценивать характер и цель меры (в частности, ее превентивное или карательное назначение), процедуры, связанные с ее принятием и осуществлением, и ее строгость (см. Постановление Европейского Суда по делу «Уэлч против Соединенного Королевства» (Welch v. United Kingdom) от 9 февраля 1995 г., § 28, Series A, № 307-A, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Дель Рио Прада против Испании» (Del Río Prada v. Spain), жалоба № 42750/09, § 82, ECHR 2013).

11. И действительно, в настоящем деле Европейский Суд оценивал не только то, как эта мера *понимается*, но и как она исполнялась, далеко продвигая свою автономную оценку реальной ситуации. Им был сделан вывод о том, что характер той или иной меры может изменяться в процессе ее исполнения. В зависимости от способа исполнения она может последовательно приобретать черты уголовного наказания, терапевтической меры, возможно, превращаясь в наказание, и так далее. Это то, что Европейский Суд называет «динамическим» аспектом меры.

12. Существует один очевидный недостаток: если мера может изменяться по своему характеру в течение периода приведения ее в исполнение,

¹ Здесь и далее текст курсивом выделен авторами особых мнений (примеч. редактора).

в худшем случае изменяясь несколько раз с очень короткими интервалами, то определение «уголовное наказание» может пострадать или даже быть лишено любого эффективного смысла.

13. В этом случае мы могли бы рассмотреть двухэтапную оценку, начиная с рассмотрения характеристики меры в законодательстве государства-ответчика, штрафа или меры, а затем перейти к рассмотрению того, как законодательство страны *предусматривает* ее исполнение, после чего Европейский Суд мог бы осуществить автономное толкование внутригосударственных правовых норм с тем, чтобы решить, является ли согласно статье 7 Конвенции это уголовным наказанием или иной мерой. На этом рассмотрение вопроса о совместимости данной меры со статьей 7 Конвенции было бы завершено. Если из данной оценки следовало бы, что внутригосударственное законодательство квалифицирует такую меру как неуголовную и предусматривает способ исполнения, лежащий за пределами уголовно-правовой сферы, статья 7 Конвенции не была бы нарушена. Если конкретный *de facto* режим исполнения меры, классифицируемой законом как «медицинский», составил лишение свободы, противоречащий подпункту «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, то будет нарушено это положение Конвенции, а не статья 7 Конвенции.

14. Мы могли бы задаться вопросом о том, охватывает ли такой подход все существующие реальности в этой сфере и весь спектр ситуаций, которые могут возникнуть в настоящем деле, и охватывает ли он настоящее дело. В рассматриваемом деле закон не только классифицировал указанную меру как «превентивное заключение», а не как наказание, но и предписал соответствующее лечение в учреждении, специализирующемся на лечении психических расстройств. Однако, что касается фактов, то в соответствии с *систематической и последовательной административной практикой* данные меры исполнялись в тюрьмах, которые не обеспечивали надлежащего ухода в течение первоначального периода, пока заявитель не был переведен в новое подходящее учреждение. Ситуация заявителя была не единичной, а системной: все лица, содержащиеся в режиме превентивного заключения, которые страдали психическим расстройством, систематически и неизменно содержались в тюрьмах, поскольку для них отсутствовали какие-либо специализированные учреждения. Учитывая это обстоятельство, можем ли мы считать, что подобная мера не являлась уголовным наказанием, зная, что в соответствии с систематической административной практикой она исполнялась точно так же, как и уголовное наказание? Не следует ли нам принять во внимание все структурные факты и сделать вывод о том, что эта мера действительно представляла собой уголовное наказание?

15. Если мы считаем, что мера, которая классифицируется как медицинская в соответствии с внутригосударственным законодательством и которая, кроме того, предусматривает ее исполнение в соответствующем учреждении, но которая систематически исполняется в тюрьме, представляет собой уголовное наказание, то представляет ли собой наказание любой способ исполнения, который не соответствует законодательству, предусматривающему иную меру, чем наказание, если на практике такое исполнение сродни лишению свободы, что несовместимо с этим положением Конвенции? Ответ отрицательный: если лишение свободы нарушает требования внутригосударственного законодательства и не является предметом общей и систематической административной практики, то есть если доказано, что лишение свободы является ситуационным, случайным, кратковременным и несистематическим явлением, то оно нарушает требования подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции.

16. По этой причине критерием применимости статьи 7 Конвенции, как представляется, помимо и вне классификации *меры* содержания под стражей в соответствии с внутригосударственным законодательством является систематический или структурный характер применения этой меры: если согласно автономным критериям, применяемым Европейским Судом, медицинская мера систематически исполняется либо в соответствии с законодательством государства-ответчика (и даже если последнее утверждает, что такая мера не является уголовным наказанием) или в соответствии с общей административной практикой согласно порядку отнесения ее к уголовному наказанию в соответствии с критериями, применяемыми Европейским Судом, то она является наказанием для целей статьи 7 Конвенции. Если фактический способ принудительного исполнения является незаконным, но не является частью системы, то это представляет собой лишение свободы в нарушении подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции.

17. Применение вышеупомянутого критерия на первый взгляд выглядит сложным и громоздким, но можно усомниться в том, что это действительно так. Он имеет то преимущество, что не чрезмерно сужает сферу действия статьи 7 Конвенции и позволяет Европейскому Суду тщательно изучать факты дела. Он также позволяет сделать вывод о том, что, если административная практика изменяется в ходе исполнения меры, то *характер меры также может изменяться*. В настоящем деле после радикальных изменений, внесенных властями Германии, мера, которая в силу способа ее применения попадала под действие уголовного закона, изменила свою природу и стала мерой медицинского характера.

18. Включает ли эта система, в соответствии с которой мера может изменить свой характер в ходе ее исполнения, какие-либо риски, напри-

мер, в тех случаях, когда сомнительный режим пытается использовать ее для того, чтобы сделать вид, что меры, до сих пор классифицируемые как уголовные наказания, имеют медицинский характер? На самом деле, по-видимому, такого риска не существует, и соответствующая система могла бы даже усилить применимость статьи 7 Конвенции (от которой не допускается никаких отступлений, что не относится к статье 5 Конвенции). Существуют два возможных сценария: либо наказание становится мерой, либо мера становится наказанием. В обоих случаях закон по определению должен квалифицировать меру *ab initio* как меру, а не как наказание, в противном случае критерии статьи 7 Конвенции соблюдаются *ipso facto*. При первом сценарии, применимом к настоящему делу, неприемлемые незаконные условия принудительного исполнения заменяются соответствующими условиями. Европейский Суд будет оценивать, являются ли последние действительно соответствующими. Трудно представить себе режим, «злоупотребляющий» возможностью улучшения условий принудительного исполнения. При втором сценарии административная практика деградирует, и ранее приемлемое обращение с лицами, подвергающимися мерам медицинского характера, применяется в немедицинской форме, что сродни лишению свободы. Европейский Суд теперь будет считать, что мера не соответствует статье 7 Конвенции, поскольку она имеет все признаки уголовного наказания. Это подвергло бы такой нелиберальный режим более жесткому надзору со стороны Европейского Суда.

19. В заключение я полностью согласен с теми местами в настоящем Постановлении, в которых говорится о том, что характер меры может измениться в ходе ее исполнения, но следует четко указать, что это возможно только в том случае, если внутригосударственное законодательство (1) классифицирует меру как терапевтическую, (2) предусматривает способ ее принудительного исполнения, который согласно «автономным критериям» Европейского Суда исключает классификацию в качестве уголовного наказания, а также (3) когда последовательная административная практика позволяет Европейскому Суду исключить классификацию в качестве наказания в силу автономной оценки. В настоящем деле в течение периода, подлежащего оценке Европейским Судом, эти три параллельных критерия были выполнены.

ЧАСТИЧНО ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ЛИНОС-АЛЕКСАНДРА СИЦИЛИАНОСА

(Перевод)

1. Я голосовал вместе с большинством судей за вывод об отсутствии нарушения пункта 1 статьи 5 Конвенции, соглашаясь с заключением о том, что

назначенное впоследствии превентивное заключение заявителя, исполняемое на основании оспариваемого постановления суда от 20 июня 2013 г. до 18 сентября 2014 г. в центре содержания под стражей при тюрьме «Штраубинг», было оправдано в соответствии с подпунктом «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Помимо того факта, что заявитель страдает психическим расстройством и что он по-прежнему опасен для общества, решающим аргументом в пользу данного вывода было значительное улучшение условий содержания заявителя под стражей за рассматриваемый период, включая прежде всего его помещение в учреждение, отвечающее потребностям пациентов, страдающих психическими расстройствами.

2. Из устоявшейся прецедентной практики Европейского Суда ясно следует, что условия содержания под стражей являются важным фактором законности содержания под стражей. Так, Европейский Суд устанавливал в нескольких случаях, приходил к выводу, что содержание под стражей, назначенное «в порядке, установленном законом», может противоречить пункту 1 статьи 5 Конвенции, если условия содержания под стражей являются (или становятся) ненадлежащими (см. среди многих прочих примеров ведущее Постановление Европейского Суда по делу «Буамар против Бельгии» (*Boummar v. Belgium*) от 29 февраля 1988 г., Series A, № 129). Этот факт был прямо признан властями государства-ответчика в настоящем деле в своей односторонней декларации, касающейся периода с 3 августа 2012 г., когда Суд земли вынес свое постановление, и по 20 июня 2013 г. Противоположную пропозицию, то есть вывод о том, что незаконное содержание под стражей стало законным из-за существенного улучшения условий содержания под стражей, на первый взгляд труднее принять. Однако доводы, изложенные в §§ 162–169 настоящего Постановления, в частности, убедили меня, что содержание заявителя под стражей в обсуждаемый период времени было оправдано в силу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции.

3. Это был бы, однако, квантовый скачок: сделать вывод о том, что позитивных изменений в условиях содержания заявителя под стражей, особенно его помещения в соответствующее медицинское учреждение, также достаточно, чтобы оправдать оспариваемое содержание под стражей по смыслу пункта 1 статьи 7 Конвенции. Следует помнить, что оспариваемые факты относятся к 1997 году, когда заявителю было 19 лет, и что он был осужден в уголовном порядке в 1999 году. В то время Закон о судах по делам несовершеннолетних не разрешал выносить постановления о превентивном заключении несовершеннолетних или молодых людей, таких как заявитель. Этот вариант стал возможен только с 12 июля 2008 г., когда Закон от 8 июля 2008 г. ввел последующее превентивное

заключение в случаях осуждения на основании уголовного закона, примененного к молодым правонарушителям, который вступил в силу (см. §§ 55 и 56 настоящего Постановления). Постановление от 3 августа 2012 г. о превентивном заключении заявителя было основано на этом новом законе. Следовательно, очевидно, что на ситуацию заявителя повлияло законодательное положение, которое не применялось в момент совершения им преступления. Теперь согласно пункту 1 статьи 7 Конвенции «...не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления». В связи с этим весь вопрос заключается в том, является ли оспариваемая мера «наказанием» в рамках автономного значения данной концепции согласно Конвенции.

4. Как Европейский Суд указал в § 203 настоящего Постановления:

«Понятие “наказание” в статье 7 Конвенции является автономным. Для того, чтобы защита, предоставляемая статьей 7 Конвенции, была эффективной, Европейский Суд должен быть свободен от внешних воздействий и должен самостоятельно оценивать, является ли та или иная конкретная мера по существу “уголовным наказанием” по смыслу этой нормы Конвенции (см. Постановление Европейского Суда по делу “Уелч против Соединенного Королевства” (Welch v. United Kingdom) от 9 февраля 1995 г., § 27, Series A, № 307-A, Постановление Европейского Суда по делу “Джамил против Франции” (Jamil v. France) от 8 июня 1995 г., § 30, Series A, № 317-B, а также упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу “Дель Рио Прада против Испании”, § 81). Формулировка второго предложения пункта 1 статьи 7 Конвенции указывает на то, что отправная точка, и это очень весомый фактор (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делам “Глин против Германии”, § 121, и “Бергманн против Германии”, § 150), в любой оценке наличия наказания заключается в том, была ли данная мера назначена после осуждения за “преступление”. Другими соответствующими факторами являются определение меры в соответствии с внутренним законодательством, ее характер и цель, процедуры, связанные с ее принятием и осуществлением, и ее тяжесть (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу “Уелч против Соединенного Королевства” § 28, Решение Европейского Суда по делу “Ван дер Вельден против Нидерландов” (Van der Velden v. Netherlands), жалоба № 29514/05, ECHR 2006-XV, а также упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу “Кафкарис против Кипра”, § 142). Однако сама по себе суровость этой меры не является решающим фактором, поскольку многие некарательные меры превентивного характера, равно как и меры, которые должны квалифицироваться в качестве наказания, могут оказывать существенное воздействие на соответствующее лицо (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу “Уелч против Соединенного Королевства”, § 32, упоминавшееся выше Постановление Большой

Палаты Европейского Суда по делу “Дель Рио Прада против Испании”, § 82, а также упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу “Бергманн против Германии”, § 150)».

5. Что касается первого упомянутого выше фактора, то настоящее Постановление вновь подтверждает, что оспариваемая мера «была связана с осуждением заявителя и тем самым “следовала” за ним, поскольку осуждение в уголовном порядке являлось непрямым предварительным условием вынесения постановления о превентивном заключении согласно пункту 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних (см. выше § 56), когда соответствующий молодой правонарушитель был приговорен, по меньшей мере, к семи годам лишения свободы за преступления против жизни, физической или половой неприкосновенности» (см. § 215 настоящего Постановления).

6. Что касается критерия в отношении процедур, связанных с принятием оспариваемой меры, то следует отметить, что эта мера была принята судом по уголовным делам в соответствии с действующими положениями Уголовно-процессуального кодекса Федеративной Республики Германия. Кроме того, как отмечено в § 215 настоящего Постановления, «процедура, касающаяся превентивного заключения, должна быть основана на доказательствах, полученных до окончания срока лишения свободы, назначенного за указанное преступление».

7. Кратко говоря, критерии, которые суд описывает как «статические» или «не поддающиеся изменению после даты, когда мера была назначена», то есть наличие меры, применяемой после осуждения за преступление, и критерий процедур, связанных с ее принятием (см. § 208 настоящего Постановления), говорят в пользу отнесения данной меры к «уголовному наказанию» для целей статьи 7 Конвенции.

8. Теперь мы должны рассмотреть так называемые динамические критерии, то есть характер, цель и строгость оспариваемой меры.

9. В отношении критерия «строгость» я хотел бы прежде всего отметить, что характеристика меры как «динамической» основана на том факте, что в применимых положениях не указывается ни максимальная, ни минимальная продолжительность превентивного заключения (см. §§ 232 и 234 настоящего Постановления). Иными словами, содержание под стражей может быть прекращено на основании последующей оценки ситуации заявителя и опасности, которую он представляет, в случае положительной оценки, но, с другой стороны, оно может, по крайней мере, теоретически продолжаться до конца его жизни. Вот почему большинство судей согласны с тем, что превентивное заключение «относится к наиболее серьезным мерам, которые могут быть назначены в соответствии с Уголовным кодексом» (см. § 232 настоящего Постановления).

10. Лично я сомневаюсь, что строгость превентивного заключения представляет собой «динамический» критерий. В этой связи я хотел бы отметить, что третий критерий, установленный в Постановлении Европейского Суда по делу «Энгель и другие против Нидерландов» (Engel and Others v. Netherlands) от 8 июня 1976 г., Series A, № 22, имеющий отношение к максимальной строгости меры, в соответствии с действующими нормами. Другими словами, третий критерий, установленный Постановлением Европейского Суда по делу «Энгель и другие против Нидерландов», составляющий главный источник вдохновения в настоящем деле, не является гибким или изменчивым, но твердым и жестким. Если бы он применялся в том виде, как в настоящем деле, то следовало бы учитывать лишь тот факт, что в действующем законодательстве не установлен какой-либо максимальный срок и что, следовательно, превентивное заключение может продолжаться в течение всей жизни лица.

11. В любом случае заявитель закончил отбывать свое наказание 17 июля 2008 г., и сегодня, спустя более 10 лет, он всё еще находится в заключении. В этих обстоятельствах я считаю, что строгость оспариваемой меры является еще одним аргументом в пользу классификации ее как «уголовного наказания». Хотя статистика, приведенная в § 232 настоящего Постановления, согласно которой в марте 2017 года 591 человек содержался в превентивном заключении в Германии, население которой в то время составляло 81 миллион человек, указывает на то, что оспариваемая мера используется редко, и с юридической точки зрения названные статистические данные не могут изменить характеристику превентивного заключения как «наказания» в автономном значении этого понятия.

12. Теперь мы подходим к природе и цели превентивного заключения. Это главный критерий, на который опирались большинство судей, делая вывод о том, что оспариваемое заключение не является «уголовным наказанием». Тем не менее, на мой взгляд, можно было бы задаться вопросом, может ли данный критерий, который является «динамическим» и поэтому гибким и изменчивым, уравновесить три других критерия, упомянутых ранее. Иными словами, может ли характер и цель заключения превратить «наказание» в простую профилактическую меру, выходящую за рамки статьи 7 Конвенции?

13. Пытаясь ответить на такой важнейший вопрос, я отмечаю, что, завершая обсуждение характера и цели оспариваемой меры, большинство судей признают, что «обычное» превентивное задержание, которое не приводится для лечения психического расстройства содержащегося под стражей лица, даже если оно осуществляется в соответствии с новыми законодательными уста-

новками, по-прежнему представляет собой наказание для целей пункта 1 статьи 7 Конвенции. «Улучшенные бытовые условия и уход при таких обстоятельствах недостаточны, чтобы устранить факторы, указывающие на уголовное наказание» (см. § 228 настоящего Постановления). Таким образом, решающий момент в «устранении факторов, указывающих на уголовное наказание» состоит не столько в улучшении бытовых условий и уходе, которые могут колебаться с течением времени и поэтому являются ненадежными, а в цели этой меры, которая должна сосредоточиться на «лечении психического расстройства заключенного».

14. Что касается конкретной цели превентивного заключения, то соответствующее постановление, вынесенное в отношении заявителя, как представляется, указывает на то, что данная цель на самом деле двоякая. Как указано в § 223 настоящего Постановления, «обращение, направленное на уменьшение угрозы, которую эти лица представляют для общества, до такой степени, что заключение может быть прекращено как можно скорее как в интересах заключенного, так и в интересах общества». Иными словами, превентивное заключение ориентировано, во-первых, на уменьшение опасности, которую лица, такие как заявитель, представляют для общества, и, во-вторых, на помощь последнему в реинтеграции в общество. «Коллективный интерес» имеет приоритет над интересами заключенного.

15. Этот общий подход, вероятно, объясняет отношение большинства судей к относительной инертности властей в центре превентивного заключения при тюрьме «Штраубинг». Действительно, из судебного постановления и материалов дела следует, что, хотя сотрудники центра предоставили ему доступ к своим услугам и обеспечили ему «адекватное» и «достаточное» лечение (см. § 221 настоящего Постановления), это не означает, что в течение рассматриваемого периода персонал предлагал какой-либо конкретный, практический медицинский протокол или пытался убедить его следовать такому протоколу, объясняя заявителю, что это делается в его интересах. По существу персонал, по-видимому, сказал заявителю, что, «если вы решите принять лечение, мы здесь, чтобы лечить вас». Достаточно ли такого отношения для того, чтобы преследовать медицинскую цель превентивного заключения весьма эффективно, чтобы устранить любые другие весомые аргументы в пользу характеристики этой меры как «уголовного наказания»? При всем уважении к большинству судей думаю, что нет. Я считаю, что критерий медицинской цели, который, по-видимому, составляет большинство основных аргументов судей, на самом деле является довольно слабым, по крайней мере, при конкретных обстоятельствах настоящего дела.

16. В более общем плане использование критерия, который является «динамическим» и поэтому по определению длящимся и изменчивым, вполне может привести к неопределенностям, несовместимым с содержанием принципа *nullum crimen nulla poena sine lege*¹. Почти банально повторять, что этот принцип является краеугольным камнем уголовного права и уголовного судопроизводства и что он составляет часть твердого ядра Конвенции как положения, отступление от которого недопустимо. Любая попытка ограничить сферу его применения потребует применения критериев, которые являются достаточно надежными и стабильными для обеспечения определенности закона, необходимой в уголовных делах.

17. По всем вышеизложенным причинам я считаю, что оспариваемая мера была «уголовным наказанием» и что она относится к сфере действия статьи 7 Конвенции, поэтому в настоящем деле имело место нарушение данного положения Конвенции.

ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ПАОЛО ПИНТО ДЕ АЛЬБУКЕРКЕ, К КОТОРОМУ ПРИСОЕДИНИЛСЯ СУДЬЯ ДМИТРИЙ ДЕДОВ

I. ВСТУПЛЕНИЕ (§ 1)

1. Я голосовал за вывод о нарушении пункта 1 статьи 5 Конвенции (в связи с превентивным заключением заявителя с 20 июня 2013 г. и далее), пункта 1 статьи 6 Конвенции (из-за отсутствия беспристрастности судьи Р.) и пункта 1 статьи 7 Конвенции (в связи с указанным превентивным заключением заявителя) и за вывод об отсутствии нарушения пункта 4 статьи 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) (с учетом продолжительности производства по проверке законности и обоснованности временного превентивного заключения заявителя).

Мое особое мнение касается только несогласия с большинством судей. Оно состоит из двух частей. Первая посвящена изучению превентивного заключения в соответствии с законодательством Германии взрослых совершеннолетних (*Heranwachsenden*)² и несовершеннолетних (*Jugendlichen*)³ правонарушителей, поскольку, мне кажется, что в Постановлении большинства судей не в полной мере учтены исторические

предпосылки (раздел II) и догматические рамки (раздел III) этой меры, так как неправильно понимаются его природа и цели, и недооцениваются его теоретические пороки и практические недостатки.

Во второй части заключения представлен текст диалога между Европейским Судом по правам человека (далее – Европейский Суд) и Федеральным конституционным судом Федеративной Республики Германия (далее – Федеральный конституционный суд или Суд Карлсруэ) о превентивном заключении (раздел IV.A), обсуждающий недружественное по отношению к Конвенции толкование Судом Карлсруэ, а также международно-правовой и сравнительно-правовой контексты данного диалога (раздел IV.B). Особое внимание уделяется вкладу Организации Объединенных Наций и Совета Европы в этот диалог и, что самое важное, их официальным позициям относительно системы превентивного заключения Германии. Затем на фоне минималистского понимания Европейским Судом принципа законности во мнении дается оценка тому, как большинство судей стирают автономный смысл понятия «наказание», изложенного в статье 7 Конвенции, и вместо этого выдвигают всеобъемлющую конструкцию концепции «душевнобольной» в статье 5 Конвенции (раздел V.A). Наконец, на основе собранных материалов международного, сравнительного и конституционного права в заключении анализируется чрезмерно репрессивный подход властей Германии к разбирательству по ретроспективному⁴ постановлению о превентивном заключении, который большинство судей подтвердили в целом (раздел V.B). На мой взгляд, жалоба в соответствии со статьей 7 Конвенции логически предшествует жалобе по статье 5 Конвенции, поскольку первая относится к характеру и цели превентивного заключения заявителя в центре превентивного заключения при тюрьме «Штраубинг» с 20 июня 2013 г. и далее, в то время как последняя относится к исполнению этого заключения в адекватном учреждении и надлежащим образом⁵. Во всяком случае в моем мнении утверждается, что имело место нарушение обоих указанных положений Конвенции (раздел VI).

⁴ По причинам, которые я объясню ниже, я использую слово «ретроспективный» со ссылкой на *nachträgliche Sicherungsverwahrung*.

⁵ Вопрос о законности содержания заявителя под стражей как «душевнобольного» лица в силу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции возникает в связи с тем, что этот период превентивного заключения не считался «наказанием» для целей применения статьи 7 Конвенции. Если бы данный период превентивного заключения считался «наказанием» для целей применения статьи 7 Конвенции, то правомерность заключения проверялась бы согласно подпункту «а» пункта 1 статьи 5 Конвенции.

¹ *Nullum crimen nulla poena sine lege* (лат.) – нет преступления, нет наказания без предусматривающего их закона (примеч. переводчика).

² Преступники в возрасте от 18 лет до 21 года на момент совершения преступления.

³ Преступники в возрасте от 14 до 18 лет на момент совершения преступления.

ЧАСТЬ I. ТЕСТИРОВАНИЕ ПРЕВЕНТИВНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ В СООТВЕТСТВИИ С ВНУТРЕННИМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ (§§ 2–55)

II. ИСТОРИЯ ПРЕВЕНТИВНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ (§§ 2–35)

A. ЗАБЫВАЯ ТЕМНОЕ ПРОШЛОЕ (§§ 2–20)

(i) Борьба с «паразитами на теле народа» (§§ 2–11)

2. Введенное в 1933 году¹ превентивное заключение «привычных преступников»² было одним из двух основных инструментов национал-социалистического «уголовного права против врага» (*Feindstrafrecht*) наряду с «охранительным содержанием под стражей» (*Schutzhaft*). Принципиальное различие между этими инструментами нацистской уголовной политики заключалось в том, что превентивное заключение могло быть назначено судами в дополнение к тюремному заключению, в то время как «охранительное содержание под стражей» назначалось СА³, СС⁴ и гестапо⁵ независимо от любого предстоящего или будущего уголовного процесса и без какого-либо судебного надзора или ограничения по времени.

В рамках немецкой двууровневой системы (*zweispirigen System*) уголовных санкций превентивное заключение рассматривалось как «мера исправления и профилактики, связанная с содер-

жением под стражей» (*freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung*), применимая каждый раз, когда поведение правонарушителя может восприниматься как «акт с признаками опасности» (*symptomtat für die gefährlichkeit*). Соответственно, эта мера была основана на «склонности правонарушителя к совершению преступлений» (*Hang, Straftaten zu begehen*).

3. Нацистский Закон о привычных преступниках также ввел ретроспективное превентивное заключение в двух типах дел: во-первых, когда преступление было совершено до 1 января 1934 г. и условия для превентивного заключения были соблюдены, суд должен назначить его, если этого требует безопасность общества⁶, и, во-вторых, суд мог ретроспективно назначить (*nachträglich anordnen*) превентивное заключение в отношении конкретных рецидивистов, которые отбывали тюремный срок по состоянию на 1 января 1934 г., когда того требует безопасность общества⁷.

4. Превентивное заключение широко применялось к взрослым людям, даже ретроспективно⁸. Лица, находившиеся в превентивном заключении (так называемые *Sicherungsverwahrten*), были «недостойны жизни в полную силу» (*unwertes Leben in höchster Potenz*), по словам министра юстиции при правительстве Гитлера Отто Георга Тирака⁹, который также считал их «паразитами на теле народа» (*Parasit am Volkskörper*) в своем известном указании *Richterbrief № 4* и призывал к «уничтожению этих инородных тел общества» (*Vernichtung dieser Fremdkörper der Gemeinschaft*)¹⁰. В 1942 году министр

¹ Закон о привычных преступниках и мерах безопасности (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) от 24 ноября 1933 г. См. об этом законе: Michael Wagner-Kern. Präventive Sicherheitsordnung. Zur Historisierung der Sicherungsverwahrung, Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 2016; Christian Müller. Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933 // Kriminalpolitik als Rassenpolitik, Baden-Baden: Nomos, 1997; Jörg Künzig. Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand: Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel // Freiburg: iuscrim, 1996; Joachim Hellmer. Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934–1945. Berlin: Duncker and Humblot, 1961.

² Статьи 42(е), 42(ф) Уголовного кодекса Германской империи.

³ СА обозначает *Sturmabteilung*, военизированные отряды Национал-социалистической партии во времена Веймарской республики. После прихода к власти нацистской партии они были преобразованы в *Hilfspolizei* под руководством Геринга. В 1945 году Союзнический контрольный совет запретил и распустил эту организацию.

⁴ СС обозначает *Schutzstaffel*, которая была военной организацией, ответственной за управление концентрационными лагерями и лагерями смерти. Хотя первоначально это была нацистская организация, она была объединена с регулярной полицией при Гиммлере. В 1945 году Союзнический контрольный совет запретил и распустил эту организацию.

⁵ Гестапо обозначает *Geheime staatspolizei* – тайную политическую полицию Гитлера. В 1945 году Союзнический контрольный совет запретил и распустил эту организацию.

⁶ Часть первая статьи 5 Уголовного кодекса Германской империи.

⁷ Часть вторая статьи 5 Уголовного кодекса Германской империи: «...so kann das Gericht die Sicherungsverwahrung des Verurteilten nachträglich anordnen, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert...» («...в частности, суд может дополнительно назначить такую санкцию, как изоляция осужденного от общества в профилактических целях, если это необходимо для обеспечения безопасности общества...»).

⁸ Joachim Hellmer. Op. cit. P. 16.

⁹ Tobias Mushoff. Strafe-Maßregel-Sicherungsverwahrung: eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention, Frankfurt: Lang, 2008. P. 25.

¹⁰ *Richterbriefe* – политические методические указания, направленные судьям для выполнения судебной работы. Хотя все они мрачны для чтения, но *Richterbrief № 4* особенно бросается в глаза: «*Stellungnahme des Reichsministers der Justiz Thierack zur "Bekämpfung Asozialer"*: "Der rücksichtslose Kampf gegen das Berufs- und Gewohnheitsverbrechertum steht seit der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus im Vordergrund der gesamten Verbrechensbekämpfung... Bereits im Jahr der Machübernahme wurde dem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher durch das Gesetz vom 24. November 1933 mit der Erhöhung der Strafen (§ 20 a RStGB) und Einführung der Sicherungsverwahrung ein unerbittlicher Kampf angesagt... Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher, der sich stets von neuem an der Volksgemeinschaft vergreift, war schon im Frieden ein Parasit am Volkskörper; im Kriege ist er ein Schädling und Saboteur der inneren Front erster Ordnung... Der Gesetzgeber hat daraus die erforderlichen Folgerungen gezogen

юстиции Тирак и руководитель СС Генрих Гиммлер дали согласие на передачу «асоциальных элементов» под контроль тюремной системы, в том числе лиц, находившихся в превентивном заключении (*Sicherungsverwahrten*), и под контроль полиции для «уничтожения трудом» (*Auslieferung asozialer Elemente aus dem Strafvollzug an den Reichsführer SS zur Vernichtung durch Arbeit*)¹. Только в концлагере Маутхаузен за годы, предшествовавшие февралю 1944 года, погибли 6 736 человек, содержащихся в превентивном заключении (*SV-häftlinge*)². Введение превентивного заключения нацистским режимом было тесно связано с его печально известной программой эвтаназии, которая была направлена против таких преступников среди других групп людей³.

5. Постановления 1939 года о защите от опасных несовершеннолетних преступников (*Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher*) и 1943 года об упрощении и гармонизации уголовного законодательства, касающегося несовершеннолетних правонарушителей (*Verordnung über die Vereinfachung und Vereinheitlichung des Jugendstrafrechts*), сделали возможными применение общего уголовного права в отношении несовершеннолетних правонарушителей и, следовательно, назначение им превентивного заключения.

und dem Richter die Mittel an die Hand gegeben, mit denen dieser den Kampf gegen den unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher nunmehr bis zur Vernichtung dieser Fremdkörper der Gemeinschaft fortführen kann...» («Мнение рейхсминистра юстиции Тирака по «борьбе с асоциальными элементами»: «Беспощадная борьба с профессиональными преступниками и лицами, для которых совершение преступлений является обычной нормой жизни, находится на переднем плане всей кампании по борьбе с преступностью с момента прихода к власти национал-социалистов... Уже в год прихода их к власти опасным преступникам, для которых преступный образ жизни является нормой, была объявлена беспощадная борьба путем принятия Закона от 24 ноября 1933 г., предусматривающего увеличение сроков наказания (§ 20(a) Уголовного кодекса Германской империи) и введение изоляции от общества в профилактических целях... Опасный преступник, для которого преступный образ жизни является нормой и который постоянно повторно посягает на интересы национальной общности, уже в мирное время являлся паразитом на теле народа, а во время войны это вредитель и диверсант на внутреннем фронте первого порядка... Законодатель извлек из этого необходимые выводы и предоставил судам инструментарий, с помощью которого они теперь могут продолжать борьбу с неисправимыми преступниками, для которых преступление является нормой жизни, до уничтожения этих инородных тел в организме общества...») // <http://www.wienerlibrary.co.uk/Search-document-collection?item=551>

¹ Annemarie Dax. Die Neuregelung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung: Bestandsaufnahme sowie kritische Betrachtung der bundes- und landesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgesbots, Berlin: Duncker und Humblot, 2017. P. 38 Tobias Muschhoff. Op. cit. P. 25.

² Ibid.

³ См.: Christian Müller. Op. cit. P. 22.

6. После окончания Второй мировой войны Союзнический контрольный совет не отменил превентивное заключение⁴, несмотря на неоднократные критические замечания по поводу «мошеннической маркировки» (*Etikettenschwindel*), направленные против него, ввиду его строгости и трудностей отличить его от тюремного заключения⁵. В Германской Демократической Республике превентивное заключение было отменено и заменено другими положениями⁶, в то время как в Федеративной Республике Германия оно сохранилось.

7. В январе 1953 года⁷ Федеральный конституционный суд решил, что Основной закон Федеративной Республики Германия (далее – Основной закон Германии) не был нарушен вследствие отсутствия дифференциации исполнения наказания в исправительном доме (*Zuchthaus*) и превентивного заключения, несмотря на различные правовые цели двух санкций. По соображениям безопасности он признал это отсутствие дифференциации в качестве исключения из общего обязательства рассматривать различные дела по-разному в соответствии с принципом равного обращения (статья 3 Основного закона Германии).

8. Закон о судах по делам несовершеннолетних от 4 августа 1953 г. запрещал применение превентивного заключения к несовершеннолетним⁸ и к молодым совершеннолетним людям, дела которых рассматривались в соответствии с уголовным законодательством, касающимся несовершеннолетних правонарушителей⁹, но оно оставалось допустимым для молодых совершеннолетних людей, которые были осуждены в соответствии с общим уголовным законодательством¹⁰ до перво-

⁴ Первоначально Совет рекомендовал отмену режима превентивного заключения, рассматривая его как типичный нацистский отказ людям в праве на свободу, но холодная война и связанная с ней напряженность между союзническими силами привели к провалу этой реформы. См.: Michael Wagner-Kern. Op. cit. P. 60; Jan-David Jansing. Nachträgliche Sicherungsverwahrung, Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung, Münster: LIT Verlag, 2004. P. 49; Matthias Etzel. Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), Tübingen: Mohr Siebeck, 1992. P. 169.

⁵ Это как Кольрауш (*Kohlrausch*) критиковал законопроекты о превентивном заключении в период Веймарской республики (см.: Michael Wagner-Kern. Op. cit. P. 41). См. о возобновлении этой критики: Axel Dessecker. Etikettenschwindel oder Behandlungsvollzug? Kritik der Sicherungsverwahrung und neues Recht // (2012) 33 Zeitschrift für Rechtssoziologie. P. 265–282.

⁶ См.: J. Kinzig. Op. cit. P. 23.

⁷ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 2, 119.

⁸ Статья 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних.

⁹ Пункт 1 статьи 105 Закона о судах по делам несовершеннолетних.

¹⁰ Ibid., пункт 2 статьи 106.

го Закона о реформе уголовного права (*Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*) от 25 июня 1969 г., также запретившего эту форму заключения.

9. Во втором Законе о реформе уголовного права (*Zweiten Gesetz zur Reform des Strafrechts*) от 4 июля 1969 г. превентивное заключение стало последним средством (*Ultima ratio*) в немецкой двухуровневой системе санкций и был введен его максимальный срок в 10 лет¹.

10. После достопамятного Постановления Федерального конституционного суда от 14 марта 1972 г.² Закон о содержании под стражей и исполнении связанных с лишением свободы мер исправления и профилактики (*Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung*) вступил в силу 1 января 1977 г. В него включены лишь семь специальных норм о превентивном заключении (статьи 129–135), которые, кроме того, подлежали оговорке в отношении выполнимости. При разработке этого акта законодатель обосновал недостаточность этих специальных норм вышеупомянутым постановлением Федерального конституционного суда 1953 года³. По мнению законодателя, превентивное заключение «в отличие от других мер исправительно-профилактического характера, связанных с содержанием под стражей (статьи 63 и 64 Уголовного кодекса Федеративной Республики Германия, далее – Уголовный кодекс Германии), которые должны осуществляться вне тюремной среды, не преследуют какой-либо терапевтической цели».

11. Попытка заменить превентивное заключение автономной, обязательной, ограничивающей свободу социальной терапией для лечения правонарушителей с тяжелыми расстройствами личности, закрепленное в новой статье 65 Уголовного кодекса Германии, была прекращена в 1984 году, это положение было исключено, а решение снижено до «факультативного способа исполнения» (*Vollzugslösung*)⁴. Кроме того, в отношении финан-

совых издержек, которые повлечет за собой данная альтернатива, основное возражение было высказано в связи с проблематичным характером принудительной терапии для лиц, признанных виновными и поэтому несущими уголовную ответственность.

(ii) «Закреть в тюрьме и навсегда» (§§ 12–18)

12. После серии громких дел об убийствах формальные требования к превентивному заключению были смягчены, а прежний 10-летний срок был отменен в 1998 году, что означало, что превентивное заключение фактически превратилось в меру неопределенной продолжительности⁵. Законодатель обосновал это изъятие тем, что новый закон не влияет на саму меру, а лишь на ее продолжительность и что конституционная защита от ретроспективного законодательства не применяется с такой же степенью убедительности⁶. В последующие несколько лет пять федеральных земель Германии приняли законы о содержании потенциальных рецидивистов в тюрьмах⁷.

13. В июле 2001 года канцлер Германии Герхард Шрёдер отреагировал на убийство восьмилетнего ребенка и сожжение его трупа следующим образом: «Может быть только максимальное наказание для человека, который таким образом ставит себя вне человеческого сообщества» (*Wer sich so außerhalb der menschlichen Gemeinschaft stellt, für den kann es nur die Höchststrafe geben*)⁸. Решение было ясным для политика: «закреть в тюрьме и навсегда» (*wegschließen – und zwar für immer*), поскольку такое поведение само по себе свидетельствовало о том, что правонарушитель «не подлежит излечению» (*nicht therapierbar*).

Карательная направленность мысли канцлера не могла быть более прозрачной. Законодатель очень быстро последовал его примеру. Соответственно, в 2002 году Парламент Германии принял норму об отложенном решении о превентивном заключении, в соответствии с которой суд, выносящий приговор, может отложить применение будущего постановления о превентивном заключении, когда на момент вынесения постановления

¹ Как было пояснено Федеральным конституционным судом, введение этого срока было необходимо для того, чтобы отреагировать на нежелание судей использовать неограниченный срок превентивного заключения, который, по их мнению, на практике был эквивалентен пожизненному заключению. Недостаточность методологии прогнозирования рассматривалась как основание для ограничения срока заключения (Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, § 14).

² Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 2 BvR41/71. Его основной вывод заключался в том, что исполнение приговора о лишении свободы нарушает Конституцию, если помимо лишения свободы нарушаются основные права и отсутствует ясная законодательная основа.

³ Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform BT-Drs 5/4095. P. 31.

⁴ Pollähne // Kindhäuser, Neumann and Paeffgen (eds.). Strafgesetzbuch Nomos Kommentar. Volume 1. 4 edition. Baden-Baden: Nomos, 2013, annotation 4 to § 61.

⁵ Закон о борьбе с сексуальными преступлениями и другими опасными преступлениями (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*) от 26 января 1998 г., вступил в силу 31 января 1998 г.

⁶ Как пояснил Федеральный конституционный суд (BVerfGE), 109, 133, § 42.

⁷ Баден Вюртемберг (2001 год), Бавария (2001 год), Саксония-Ангальт (2002 год), Тюрингия (2003 год), Нижняя Саксония (2003 год). См. также: Jörg Kinzig. Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter – Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung, Berlin: Duncker and Humblot, 2010. P. 17–28.

⁸ Bild am Sonntag, от 8 июля 2001 г.

существует вероятность того, что осужденное лицо представляет опасность для общества в связи с его склонностью к совершению серьезных преступлений¹. В соответствии с этим законом окончательное решение о том, будет назначено превентивное заключение или нет, принимается по истечении срока лишения свободы. Кроме того, теперь превентивное заключение может быть назначено в дополнение к пожизненному лишению свободы.

14. В следующем году отсроченное постановление о превентивном заключении было распространено на молодых людей, осужденных в соответствии с общим уголовным законом². Как и общая мера для взрослых, новая мера может применяться на основе констатации опасности лица на момент вынесения постановления.

15. Постановлением от 5 февраля 2004 г.³ Федеральный конституционный суд подтвердил эту тенденцию, решив, что снятие 10-летнего ограничения с ретроспективным эффектом не было неконституционным, поскольку оно не нарушило принцип человеческого достоинства (часть первая статьи 1 Основного закона Германии)⁴, а также право на свободу и личную неприкосновенность (часть вторая статьи 2 Основного закона Германии)⁵, или принцип недопустимости абсолютной обратной силы (*absolute Rückwirkungsverbot*) (часть вторая статьи 103 Основного закона Федеративной Республики Германия)⁶ либо принцип защиты законного доверия (*Vertrauensgrundsatz*) (часть вторая статьи 2 Основного закона Германии). По мнению Федерального конституционного суда, такие меры исправления и профилактики, как превентивное заключение, не являлись наказанием (*Strafen*) по смыслу части второй статьи 103 Основного закона Германии и ее предшественницы, части второй статьи 116 Конституции Веймарской Республики, и поэтому могла применяться ретроспективно⁷. Основное предположение состояло в том, что превентивное заключение было «связано» (*verknüpft*) с незаконным и недостойным поведением со стороны вменяемого человека, но

эта «связь» (*Verknüpfung*) не придавала превентивному заключению характер наказания (*Strafe*)⁸.

Внутрисистемная конституционная непоследовательность, касающаяся того, что пункт первой статьи 74 Основного закона Германии вбирал меры исправления и профилактики в силу концепции «уголовное право» (*Strafrecht*), в то время как эти же меры не рассматриваются как «наказание» для целей части второй статьи 103 Основного закона Германии, была отвергнута на том основании, что первое из этих положений касается распределения законодательной компетенции между федеральным государством и субъектами федерации государств и не имеет «гарантирующую свободу функцию» (*freiheitsgewährleistende Funktion*)⁹.

Всё же Суд Карлсруэ сформулировал следующий момент: несмотря на то, что постановление о превентивном заключении должно быть исполнено в соответствии с общими тюремными правилами, как это определено статьей 130 Закона о содержании под стражей и исполнении мер исправления и профилактики, связанных с лишением свободы (упомянутой выше), должно быть «расстояние» (*Abstand*) между исполнением превентивного заключения и исполнением тюремного заключения, «что делает цель специальной превенции превентивного заключения ясной для лишенного свободы человека и общества в целом»¹⁰. Это так называемое требование расстояния (*Abstandsgebot*). Хотя конституционные судьи установили, что задачей суда не является определять практические особенности данного принципа, они выразили мнение о том, что в случае «особенно длительного» превентивного заключения «безнадежного» заключенного ему должны быть обеспечены «дополнительные возможности» с тем, чтобы гарантировать ему «минимальное качество жизни»¹¹.

16. Через несколько дней¹² в другом постановлении этот же суд решил, что превентивное заключение относится к уголовному праву для целей применения части первой статьи 74 Основного закона Германии и, следовательно, является предметом федерального законодательства. В то же время Федеральный конституционный суд объявил оспариваемые законы земель, касающиеся превентивного заключения, а именно Закон Баварии *Straftäterunterbringungsgesetz*¹³ и Закон

¹ Закон об отсроченном превентивном заключении (*Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung*) от 21 августа 2002 г., вступил в силу 28 августа 2002 г.

² Статья 106 Закона о судах по делам несовершеннолетних в редакции Закона о реформе положений о преступлениях против сексуального самоопределения и других положений (*Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften*) от 27 декабря 2003 г., вступила в силу 1 апреля 2004 г.

³ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133.

⁴ *Ibid.*, § 70.

⁵ *Ibid.*, § 94.

⁶ *Ibid.*, § 127.

⁷ *Ibid.*, §§ 133, 136, 144.

⁸ *Ibid.*, § 151.

⁹ *Ibid.*, § 137.

¹⁰ *Ibid.*, § 126.

¹¹ *Ibid.*

¹² Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 190.

¹³ Закон Баварии о заключении под стражу особо опасных преступников, склонных к рецидивизму (*Bayerisches Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern*) от 24 декабря 2001 г.

земли Саксония-Ангальт *Unterbringungsgesetz*¹ просто несовместимыми (*unvereinbar*) с Основным законом Германии согласно пунктам 2 и 3 статьи 31 Закона о Федеральном конституционном суде, а не ничтожными (*nichtig*) в соответствии с пунктами 1 и 3 статьи 95 того же закона во избежание немедленного освобождения всех содержащихся под стражей лиц на основании оспариваемых законов².

Кроме того, Федеральный конституционный суд установил, что указанные законы могут оставаться в силе до 30 сентября 2004 г. с целью предоставления компетентному федеральному органу возможности отменить и заменить их другим конституционно совместимым законодательством³. Занимая проактивную позицию по данному вопросу, Федеральный конституционный суд поручил федеральному законодателю рассмотреть в предписанный срок возможность принятия ретроспективного решения о продолжении содержания под стражей опасных правонарушителей, всё еще остающихся под стражей⁴.

17. В 2004 году Парламент Германии добросовестно выполнил это поручение и одобрил ретроспективную применимость превентивного заключения без предварительного отложенного постановления, когда новые факты (*nova*) открываются до полного отбытия наказания в виде лишения свободы, демонстрируя, что заключенный представляет опасность для общества⁵. Новый закон вступил в силу за месяц до установленного срока Федеральным конституционным судом. Новая мера была распространена как на взрослых, так и на молодых людей, осужденных в соответствии с общим уголовным правом. Она может быть применена к нескольким категориям правонарушителей (первая совокупность дел, часть первой статьи 66(b) Уголовного кодекса Германии), а также к лицам, впервые совершившим правона-

рушение (вторая совокупность дел, часть вторая статьи 66(b) этого же кодекса), и в случаях, когда заключение в психиатрической лечебнице было прекращено, поскольку положение, при котором исключена или сокращена уголовная ответственность подсудимого, на чем было заключение основано, не существует или уже прекратило свое действие (третья совокупность дел, часть третья статьи 66(b) Уголовного кодекса Германии).

18. В Постановлении от 23 августа 2006 г.⁶ Федеральный конституционный суд установил, что часть вторая статьи 66(b) Уголовного кодекса Германии (вторая совокупность дел) не нарушала запрет на ретроактивное применение уголовного законодательства и соответствовала защите законных ожиданий, гарантированной в государстве, основанном на принципе верховенства права. Решение законодателя о том, что первостепенный общественный интерес в эффективной защите населения от очень опасных правонарушителей перевешивал надежду осужденного правонарушителя на то, что закон не будет изменен в ущерб ему, с тем, чтобы позволить продолжение содержания под стражей, было совместимо с Основным законом Германии. Федеральный конституционный суд счел, что указанное положение не нарушает право соответствующего лица на свободу. Законодатель был уполномочен Основным законом Федеративной Республики Германия лишать свободы лицо, которое, как ожидается, совершит преступления против жизни или здоровья или свободы граждан, с учетом принципа соразмерности. Поскольку часть вторая статьи 66(b) Уголовного кодекса Германии применяется только в весьма исключительных случаях, и это положение должно рассматриваться как соразмерное ограничение права на свободу.

С аналогичными аргументами конституционность положения о первой совокупности дел была подтверждена в Постановлении Федерального конституционного суда от 22 октября 2008 г.,⁷ а конституционность положения о третьей совокупности дел – в Постановлении от 5 августа 2009 г.⁸

(iii) Выходя за пределы, установленные Гитлером (§§ 19–20)

19. В июле 2008 года ретроспективное превентивное заключение было также распространено на несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет⁹,

¹ Закон земли Саксония-Ангальт о заключении под стражу лиц, особенно склонных к рецидиву, с целью предотвращения серьезных угроз общественной безопасности и порядку (*Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*) от 6 марта 2002 г.

² Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 190, § 168. Трое судей высказали особое мнение, утверждая, что оспариваемые положения являются действительными, и лица, содержащиеся под стражей в соответствии с этими положениями, должны быть немедленно освобождены, поскольку существуют другие менее интрузивные меры, которые могут быть приняты для предотвращения рецидива.

³ *Ibid.*, § 166.

⁴ *Ibid.*, § 167.

⁵ Закон о ретроспективном превентивном заключении (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*) от 23 июля 2004 г., который вступил в силу 29 июля 2004 г., включил части первую и вторую статьи 66(b) в Уголовный кодекс Германии.

⁶ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE), 2 BvR226/06.

⁷ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfG), 2 BvR748/08.

⁸ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfG), 2 BvR2098/08.

⁹ Пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних в редакции Закона о введении ретроспективного превентивного заключения для осужденных в рамках уголовного закона, касающегося молодых правонарушителей (*Gesetz zur*

в том числе в тех случаях, когда их содержание под стражей в психиатрической больнице было прекращено, поскольку условия, исключаящие или сокращающие уголовную ответственность обвиняемого и на которых основывалось содержание под стражей, не существовали или более не существуют¹. В отличие от законодательства, касающегося взрослых, режим несовершеннолетних утратил какую-либо связь с понятием «привычные преступники», поскольку не требовалось доказывание «склонности» (*Hang*) к совершению преступлений. Кроме того, режим несовершеннолетних отошел от закона относительно взрослых, который требовал, чтобы до окончания исполнения приговора о тюремном заключении «стали бы известны» факты (*werden... vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar*), которые указывали бы на опасность заключенного. В Законе о судах по делам несовершеннолетних формулировка была изменена на: «факты известны... до окончания заключения несовершеннолетнего...» (*Sind... vor Ende des Vollzugs dieser Jugendstrafe Tatsachen erkennbar*). Важным отличием является то, что согласно Закону о несовершеннолетних факты должны были быть известны до окончания срока тюремного заключения, но не должны были быть новыми на тот момент времени².

Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht) от 8 июля 2008 г., который вступил в силу 12 июля 2008 г. См. об этом законе: Hauke Brettel. Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei jugendlichen Sexualstraftätern // B. Bannenberg und J.-M. Jehle (eds.). Gewaltdelinquenz, Lange Freiheitsentziehung, Delinquenzverläufe, Mönchengladbach: Forum Verlag, 2011. P. 309–316; Heribert Ostendorf, Sandra Petersen. Nachträgliche Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht (2010) // Zeitschrift für Rechtspolitik. P. 245–249; Christine Graebisch. Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht (2008) // Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe. P. 284–287; Jörg Kinzig. Die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung für Jugendliche (2008) // Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe. P. 245–250; Entwicklung, Stand und Perspektiven einer Sicherungsverwahrung für Jugendliche und Heranwachsende (2007) // Recht der Jugend und des Bildungswesens. P. 155–166.

¹ Пункт 3 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних в редакции упоминавшегося выше Закона 2008 года.

² Это изменение было намеренным, так как причины для него приведены в законопроекте. Законопроект объясняет более жесткие условия в Законе о несовершеннолетних в отличие от закона о взрослых, ссылаясь на трудности с прогнозом в отношении поведения молодых людей: «Diese Verlagerung des Entscheidungszeitpunkts an das Ende des Vollzugs ist bei jungen Menschen im Regelfall zur Erhöhung der Prognosesicherheit geboten. Allerdings ist der neue § 7 Abs. 2 JGG, wie sein Wortlaut verdeutlicht („sind nach einer Verurteilung... Tatsachen erkennbar“ und nicht „werden nach einer Verurteilung... Tatsachen erkennbar“), auch dann anwendbar, wenn die wesentlichen die Gefährlichkeit begründenden Tatsachen bereits zum Zeitpunkt des Urteils erkennbar waren und im Jugendstrafvollzug keine erheblichen „neuen“ Tatsachen hervorgetreten sind» («Такое перенесение момента принятия решения на дату окончания отбытия наказания имеет целью в отношении несовершеннолетних, как правило, увеличение степени уверенности в прогнозе.

20. Среди многочисленных критических замечаний, высказанных в адрес правительственного предложения в ходе прений в компетентной парламентской комиссии Бундестага³, один эксперт отметил, что в случае принятия этой меры она пойдет еще дальше, чем нацистское законодательство⁴. Другие эксперты называли это «законодательным трюком» (*legislativer Kunstgriff*)⁵ и «абсурдом» (*Unding*)⁶.

В. СКОЛЬЗКИЙ ОТВЕТ НА ДЕЛО «М. ПРОТИВ ГЕРМАНИИ» (§§ 21–31)

(i) Реакция законодателя (§§ 21–24)

21. Как маяк реформы уголовного права в сторону его либерализации Европейский Суд отреагировал на эту тенденцию. В Постановлении по делу «М. против Германии»⁷ Европейский Суд положил

Правда, новый пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних, как следует из его текста (“после вынесения обвинительного приговора известны... факты”, а не “после вынесения обвинительного приговора становятся известными... факты”), применим также и тогда, когда существенные факты, говорящие о наличии опасности, были известны уже на момент вынесения приговора, и во время отбытия наказания в учреждении для несовершеннолетних не появились имеющие существенное значение “новые факты”) (Журнал Бундестага Федеративной Республики Германия. 16/6562. P. 7).

³ BT-Drs16/6562.

⁴ Выступление профессора Йорга Кинцига (Jörg Kinzig) // BT-Drs16/6562. P. 2.

⁵ N. Nestler, C. Wolf. Sicherungsverwahrung gem. § 7 Abs. 2 JGG und der Präventionsgedanke im Strafrecht – kritische Betrachtung eines legislativen Kunstgriffs (2008) // Neue Kriminalpolitik. P. 153–159.

⁶ T. Ullenbruch. Das «Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht» – ein Unding? (2008) // Neue Juristische Wochenschrift. P. 2609–2615.

⁷ Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии» (M. v. Germany) от 17 декабря 2009 г., жалоба № 19359/04. См. о влиянии этого Постановления Европейского Суда: Jörg Kinzig. The ECHR and the German System of Preventive Detention: An Overview of the Current Legal Situation in Germany // M. Caianiello, M. Corrado (eds.). Preventing danger: new paradigms in criminal justice, Durham, NC: Carolina Acad. Press, 2013. P. 71–95; E. Janus and Others. M. v. Germany: The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention (2013) // 29 Arizona Journal of International and Comparative Law. P. 605–622; S. Schlickewei. Preventive Detention Revisited Before the ECHR: O.H. v. Germany (2012) // German Yearbook of International Law. P. 659–669; T. Bartsch. Aspekte der Sicherungsverwahrung im Straf- und Maßregelvollzug // B. Bannenberg und J.-M. Jehle (eds.). Gewaltdelinquenz, Lange Freiheitsentziehung, Delinquenzverläufe, Mönchengladbach: Forum Verlag, 2011. P. 291–308; G. Merkel. Incompatible Contrasts – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights (2010) // German Law Journal. P. 1046–1066; H. Müller. Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention (2010) // Strafrechtlicher. P. 207–212; M. Möllers. Die

конец уголовно-правовой тенденции нескончаемой экспансии превентивного заключения, установив, что снятие 10-летнего ограничения с ретроспективным эффектом нарушало пункт 1 статьи 7 Конвенции. Аргумент был прост: превентивное заключение в «теории права» заключалось в наказании осужденных на основании их уголовного прошлого, а в «практике права» его исполнение несильно отличалось от исполнения тюремного заключения¹. По этой причине оно должно рассматриваться как наказание для целей применения статьи 7 Конвенции и не может применяться ретроспективно². Оглядываясь назад, судьи высказали сильный упрек в адрес законодателей за то, что они не выполнили требование расстояния, изложенное в конституционном постановлении, вынесенном пятью годами ранее.

Кроме того, не было установлено наличия достаточной причинно-следственной связи между осуждением заявителя судом, назначившим наказание, и продолжающимся лишением его свободы после 10-летнего срока в превентивном заключении. В связи с этим продолжающееся заключение заявителя не было оправданным в силу подпункта «а» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Превентивное заключение заявителя после 10-летнего срока не было оправдано и в соответствии с подпунктом «с» пункта 1 статьи 5 Конвенции, поскольку потенциальные будущие преступления заявителя не были достаточно конкретными, что касается, в частности, места и времени их совершения и их жертв³. Наконец, подпункт «е» пункта 1 статьи 5

Конвенции не мог сделать заключение законным, так как у заявителя не было психического расстройства и суды Германии не упоминали об этом⁴.

22. Реакция властей Германии была тройкой. Законодательная реакция была направлена на капитальную реформу превентивного заключения⁵. Основные изменения заключались в следующем. Во-первых, применение первичного превентивного заключения в соответствии со статьей 66 Уголовного кодекса Германии было существенно сокращено. Во-вторых, система отсроченного превентивного заключения была расширена. При определенных обстоятельствах отсрочка превентивного заключения по статье 66(а) Уголовного кодекса Германии стала возможной только для тех лиц, кто был приговорен к пятилетнему тюремному заключению. В-третьих, ретроспективное превентивное заключение в соответствии со статьей 66(б) Уголовного кодекса Германии и статьей 106 Закона о судах по делам несовершеннолетних было отменено, за исключением дел, когда помещение лица в психиатрическую больницу было прекращено, поскольку условие, исключющее или сокращающее уголовную ответственность обвиняемого и на котором основывалось заключение, не существовало или более не существует. Однако в подпункте «е» пункта 1 статьи 316 Закона о введении в действие Уголовного кодекса Германии предусматривается, что новые положения будут применяться только в случае, если преступление или хотя бы одно из преступлений, за совершение которых превентивное заключение подлежит назначению или отсрочке, было совершено после того, как указанный закон вступил в силу 1 января 2011 г. Преступления, совершенные до этого времени, по-прежнему попадают под действие прежнего закона.

23. Кроме того, была введена новая мера – «медицинское помещение под стражу» (*Therapieunterbringung*) с явной целью содержать людей под стражей, которые в противном случае были бы освобождены от превентивного заключения согласно прецедентной практике Европейского Суда. Как можно сделать вывод из формулировки самого закона, его целью было продолжение лишения свободы лиц, совершивших наиболее тяжкие преступления, путем вынесения постановления о превентивном заключении, когда лишение сво-

«Einkesselung» des EGMR durch BVerfG und BGH bei der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung» (2010) // Zeitschrift für Rechtspolitik. P. 153–156; M. Grosse-Brömer, O. Klein. Sicherungsverwahrung als Verfassungsauftrag (2010) // Zeitschrift für Rechtspolitik. P. 172–175.

¹ В упоминавшемся выше Постановлении по делу «М. против Германии» (§ 128) Европейский Суд впервые выдвинул принципиальный довод (что в соответствии со статьей 66 Уголовного кодекса Германии «постановления о превентивном заключении могут выноситься только в отношении лиц, которые неоднократно были признаны виновными в совершении преступлений определенной тяжести») и лишь упомянул ситуацию на местах в качестве дополнительного конкретного аргумента («он отмечает, в частности, что, как представляется, не существует каких-либо специальных мер, инструментов или учреждений, кроме тех, которые доступны обычным заключенным, осужденным на длительный срок»).

² После вынесения упоминавшегося выше Постановления по делу «М. против Германии» перед Европейским Судом был поставлен вопрос о совместимости с Конвенцией ретроспективного превентивного заключения в деле «Каллвейт против Германии» (Kallweit v. Germany) (Постановление Европейского Суда от 13 января 2011 г., жалоба № 17792/07) и Закона Баварии 2002 года о медицинском заключении под стражу в деле «Гайдн против Германии» (Haidn v. Germany) (Постановление Европейского Суда от 13 января 2011 г., жалоба № 6587/04), и по обоим делам Европейский Суд признал их противоречащими Конвенции.

³ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии», § 102.

⁴ *Ibid.*, § 103.

⁵ Реформа Закона о превентивном заключении (*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*) от 22 декабря 2010 г., который вступил в силу 1 января 2011 г. См. об этом законе: Arthur Kreuzer. Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung (2011) // Zeitschrift für Rechtspolitik. P. 7–11; Strafrecht als präventiver Opferchutz? – Plädoyer für eine einheitliche vorbehaltene Sicherungsverwahrung anstelle des dringend reformbedürftigen dreigeteilten Systems (2010) // 22(3) Neue Kriminalpolitik. P. 89–95; Jörg Kinzig. Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung (2011) // Neue juristische Wochenschrift. P. 177–182.

боды не могло продолжаться в силу подпункта «а» пункта 1 статьи 5 Конвенции после вынесения Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии»¹. Поскольку ссылка на подпункт «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, по-видимому, не представляет такую же проблему в отношении ретроспективного законодательства, законодатель Германии решил обосновать заключение той категории лиц (за исключением освобождения из-под стражи в некоторых незначительных случаях) с правовой целью обеспечения терапии «душевнобольных», казалось бы, отделив их от преступлений, которые являлись первоначальной основой для их содержания под стражей. При составлении законопроекта законодателю было известно, что далеко не все правонарушители, которых он собирался содержать под стражей, страдают подлинным психическим расстройством в строгом судебно-психиатрическом смысле², а если и страдают, то отсутствуют серьезные основания во всех случаях полагать, что их можно излечить терапией³.

¹ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии».

² В проекте закона содержится краткое изложение значения термина «*psychische Störung*» («психическое расстройство»), которое применяется в статье 1 Закона о терапевтическом заключении под стражу: «*Letztlich deckt der Begriff der "psychischen Störung" ein breites Spektrum von Erscheinungsformen ab, von denen nur ein Teil in der psychiatrisch-forensischen Begutachtungspraxis als psychische Erkrankung gewertet wird*» («В конце концов понятие "психическое расстройство" охватывает широкий спектр форм проявления, только одна часть которых характеризуется в практике проведения судебно-психиатрических экспертиз как психическое заболевание») (Журнал Бундестага Федеративной Республики Германия. 17/3403. Р. 54). Во время парламентских слушаний эксперт Норберт Лейграф резюмировал с точки зрения психиатра: «*Da eine als gefährlich eingeschätzte Gruppe bislang als psychisch gesund geltender "Hangtäter" mit Mitteln des Strafrechtes nicht weiter gesichert werden kann, wird eine psychiatrisch verbrämte neue Form der Unterbringung geschaffen, um den weiteren Freiheitsentzug dieser Menschen sicherzustellen. Hierzu wird auf psychiatrische Klassifikationssysteme zurückgegriffen (ICD10 bzw. DSM IV), obschon die genannten Diagnosemanuale gerade ausdrücklich hervorheben, dass sie als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung nicht hinreichend sind*» («Поскольку охарактеризованная как опасная группа считавшихся до сих пор "психически здоровых" преступников, совершающих преступления под влиянием влечения, не могла быть далее изолирована от общества на основании уголовного законодательства, создается новая, основанная на психиатрии форма изоляции от общества для обеспечения дальнейшего нахождения указанных лиц в местах лишения свободы. В этой связи приводится ссылка на психиатрические классификационные системы (МКЗ-10 либо DSM IV), хотя в указанных пособиях по диагностике конкретно сказано, что они не являются достаточными причинами при принятии судебного решения») // http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/1212/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeuerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Leygraf.pdf. Р. 5).

³ Об этом фактически говорится в пояснениях к пункту 2 статьи 9 Закона о терапевтическом заключении под стражу: «*Die Sachverständigen sollen zugleich auch Behandlungsvorschläge*

Компетентный суд, который в соответствии с этим законом является судом по гражданским делам, может вынести постановление о терапевтическом заключении под стражу для лечения, если лицо страдает «психическим расстройством» (*psychische Störung*), установлена высокая вероятность совершения некоторых серьезных преступлений, и его заключение необходимо для защиты общества. Это может происходить независимо от того, содержится ли данное лицо под стражей или уже освобождено.

24. Иными словами, Закон о терапевтическом заключении под стражу занялся чистым упражнением по неправильной маркировке (*Umetikettierung*) противоречащего Конвенции ретроспективного превентивного заключения как предположительно неуголовной, некарательной мерой терапевтического помещения под стражу⁴. Хотя интернирование применяется судами по гражданским делам, неуголовный характер интернирования неясен, как и концепция «психического расстройства» (*psychische störung*). Использованная хитрость заключалась в усилении «магической формулы»⁵ требования расстояния. Иными словами, законодатель сократил требование о дистанцировании с тем, чтобы практические особенности исполнения превентивного заключения как некарательного терапевтического интернирования казались отличными от отбывания тюремного заключения

unterbreiten. Sollte eine Therapie des Betroffenen ausgeschlossen werden, sind in den Gutachten zumindest Vorschläge für eine Behandlung, z. B. mit Medikamenten, der psychischen Störung des Betroffenen zu unterbreiten» («Вместе с тем эксперты должны также представить свои мнения по поводу лечения. Если терапевтическое лечение соответствующего лица исключается, то в экспертном заключении как минимум должны содержаться предложения по поводу лечения, например, медикаментозного лечения психического расстройства этого лица») (Журнал Бундестага Федеративной Республики Германия. 17/3403. Р. 57). Норберт Лейграф также указал на то, что законодательство прямо требует от медицинского эксперта предлагать хотя бы медицинское лечение, даже если лечение соответствующего лица в принципе считается невозможным: «*Bei den von den Gutachtern vorzuschlagenden Behandlungen werden explizit medikamentöse Behandlungsformen genannt, die vom Gutachter sogar auch dann noch vorgeschlagen werden sollen, wenn eine Therapie des Betroffenen eigentlich ausgeschlossen ist (Erläuterungen zu § 8 Abs. 2 ThUG GE)*» («В числе предлагаемых экспертами видов лечения упоминается ярко выраженное медикаментозное лечение, которое должно быть предложено экспертом также и тогда, когда терапия соответствующего лица фактически исключается») (Разъяснения к пункту 2 статьи 8 Закона о терапевтическом заключении под стражу) (источник цитирования приведен в предыдущей сноске).

⁴ См. мое мнение, приложенное к Постановлению Европейского Суда по делу «Куттнер против Австрии» (Kuttner v. Austria) от 16 июля 2015 г., жалоба № 7997/08, § 9.

⁵ Katrin Höffler, Johannes Kaspar. Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann Zugleich ein Beitrag zu den Aporien der Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionssystems (2012) // 124(1) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. P. 87, 88.

и поэтому спасти ретроспективное превентивное заключение от осуждения в Страсбурге. Данный политический шаг был рискованным, но оказался довольно успешным, поскольку реакция судов страны была благоприятной.

(ii) Реакция судов (§§ 25–28)

25. Реакция судов Германии на упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии» была не менее быстрой¹. 4 мая 2011 г.² Федеральный конституционный суд заявил о несовместимости положений о назначении и продолжительности превентивного заключения с основным правом на свободу, поскольку они не удовлетворяли конституционным требованиям о дистанцировании³. Идя далее, чем его постановление 2004 года, этот суд настаивал на «исполнении, ориентированном на освобождение из-под стражи и терапию» (*freiheitsorientierte und therapiegerichteten Vollzug*) превентивного заклю-

чения и его «исключительно превентивный характер» (*den allein präventiven Charakter*)⁴. Согласно решению Суда Карлсруэ требование расстояния было обязательным для всех органов государственной власти и должно быть конкретизировано только законодателем, который должен разработать «глобальную концепцию превентивного заключения, ориентированную на освобождение из-под стражи» (*freiheitsorientiertes Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung*)⁵ при таком изобилии норм, которые определяют действия исполнительной и судебной властей во «всех сферах» (*allen wesentlichen Bereichen*). Действуя в качестве «запасного законодателя» (*Ersatzgesetzgeber*), этот суд установил необходимые «минимальные конституционные стандарты» (*verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen*) для законодательной реализации требования о дистанцировании и, кроме того, установил крайний срок, 31 мая 2013 г., для замены неконституционных положений новыми правилами, основанными на этих стандартах⁶.

На основе философии Закона о терапевтическом заключении под стражу, который не рассматривался при производстве по конституционной жалобе, Федеральный конституционный суд оправдал заключение под стражу по делам, когда превентивное заключение не представилось возможным из-за запрета на ретроспективное законодательство с появлением «психического расстройства» (*psychische Störung*)⁷. Поскольку было бы невозможно оправдать для будущего любого рода ретроспективное превентивное заключение под стражу на основании подпункта «а» пункта 1 статьи 5 Конвенции, Федеральный конституционный суд явно искал другое оправдание ретроспективного превентивного заключения в подпункте «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции. С таким обоснованием Федеральный конституционный суд принял увековечение ретроспективного превентивного заключения по статье 316(е) Закона о введении в действие Уголовного кодекса Германии по «старым делам»⁸, используя тест строгой пропорциональности (*strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung*)⁹.

¹ О реакции судей на Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии» см.: J. Kaspar. Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR (2015) // Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. P. 654–690; C. Michaelsen. From Strasbourg, with Love – Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights (2012) // Human Rights Law Review. P. 148–167; M. Payandeh, H. Sauer. Menschenrechtskonforme Auslegung als Verfassungsmehrwert: Konvergenzen von Grundgesetz und EMRK im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung (2012) // Juristische Ausbildung. P. 289–298; B. Sonnen. Verfassungswidrige Sicherungsverwahrung (2011) // Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe. P. 321–324; M. Pösl. Die Sicherungsverwahrung im Fokus von BVerfG, EGMR und BGH (2011) // Zeitschrift für das juristische Studium. P. 132–146; A. Kreuzer, T. Bartsch. Urteilsanmerkung zum BVerfG-Urteil (2011) // Strafverteidiger. P. 472–480; U. Eisenberg. Urteilsanmerkung zum BVerfG-Urteil (2011) // Strafverteidiger. P. 480–482; Karl Nußstein. (Kein) Anwendungsbereich des Therapieunterbringungsgesetzes nach dem Sicherungsverwahrungs-Urteil des BVerfG? (2011) // Strafverteidiger. P. 633–635; F. Streng. Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (2011) // Juristenzeitung. P. 827–835; U. Volkmann. Fremdbestimmung – Selbstbehauptung – Befreiung (2011) // Juristenzeitung. P. 835–842.

² Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326.

³ *Ibid.*, §§ 95 и 119. Однако статья 66 Уголовного кодекса Германии в редакции, действовавшей с 27 декабря 2003 г., не была признана недействительной с ретроспективным эффектом, но оставалась применимой и, таким образом, действующей правовой основой согласно внутригосударственному законодательству, в частности, в течение периода, предшествовавшего вынесению Постановления Федерального конституционного суда 2011 года. По этой причине законность превентивного заключения назначенного и исполнявшегося в соответствии с предыдущей редакцией статьи 66 Уголовного кодекса Германии для целей применения подпункта «а» пункта 1 статьи 5 Конвенции не была поставлена под сомнение (см. Постановление Европейского Суда по делу «Остермюнхнер против Германии» (*Ostermunchner v. Germany*) от 22 марта 2012 г., жалоба № 36035/04, § 84).

⁴ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 101.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, § 167. Важно отметить, что Федеральный конституционный суд отверг возможность толкования действующих положений о превентивном заключении по смыслу подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, поскольку нормативное содержание этих положений не может быть изменено таким образом (*ibid.*, § 160).

⁷ *Ibid.*, §§ 120, 130 и 173.

⁸ Дела, по которым преступление или, по крайней мере, одно из преступлений, за совершение которых превентивное заключение подлежит назначению или отсрочке, было совершено до 1 января 2011 г.

⁹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, §§ 96, 97, 120, 132, 133, 172.

Таким образом, риторика законодателя о «терапевтической ориентации» (*Therapieorientierung*) как способе отличить исполнение превентивного заключения от отбывания тюремного заключения получила явное конституционное одобрение от Суда Карлсруэ¹, который ввел понимание требования расстояния «с еще более четкими контурами» (*noch deutlicher zu konturieren*)². Он подчеркнул, в частности, что конституционное требование об установлении различия между превентивным заключением и отбыванием наказания в тюрьме требует индивидуального и более активного предложения терапии и ухода со стороны группы многопрофильного персонала тем, кто находится в превентивном заключении, если стандартные методы лечения, доступные в учреждении, не имеют шансов на успех³. В конце концов Суд Карлсруэ подтвердил свое собственное понимание наказания как отличное от понимания наказания Страсбургским судом⁴, но настаивал на том, что эти два понятия не должны быть согласованы, потому что важно учитывать оценочные суждения Европейского Суда в ориентированной на результат манере⁵. В конечном счете, «зрелый» (*gewachsene*) конституционный порядок Германии должен превалировать над «гибкостью и неточностью» (*Flexibilität und Unschärfe*) формирования концепции Европейского Суда⁶.

26. В 2012 году Парламент Германии принял Закон о превентивном заключении (в отличие от лишения свободы)⁷, вводя новую статью 66(с) в Уголовный кодекс Германии⁸. Этот закон преобразовал стандарты Федерального конституционного суда для исполнения превентивного заключения в нормы законодательства Германии и, как ни странно, в положения Уголовного кодекса Германии при сохранении сформулированных постаринке в статье 129 Закона о содержании под стражей и исполнении (упомянутого выше) связанных с лишением свободы мер исправления и профилактики. С учетом того, что земли обладают полномочиями по исполнению наказаний в виде лишения свободы, каждая земля приняла новое законодательство в целях практического выполнения

требования о дистанцировании⁹. Отсрочка превентивного заключения оставалась применимой к несовершеннолетним¹⁰, но ретроспективное превентивное заключение было исключено из статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних, за исключением дел, когда заключение в психиатрической больнице было прекращено, поскольку условие, исключающее или сокращающее уголовную ответственность обвиняемого и на котором основывалось заключение, не существовало или более не существует¹¹.

27. Законодатель установил важное переходное положение, а именно статью 316(f) Закона о введении в силу Уголовного кодекса Германии, которая предусматривает применение ретроспективных положений о превентивном заключении в тех случаях, когда иницилирующее преступление (*Anlasstat*), то есть преступление или, по крайней мере, одно из преступлений, за совершение которого превентивное заключение должно было быть назначено или отсрочено, было совершено до 31 мая 2013 г. Данная норма была специально разработана для того, чтобы позволить судам использовать ранее действовавшие нормы до тех пор, пока защита общественной безопасности не станет возможной благодаря отсроченным постановлениям о превентивном заключении, иными словами, на десятилетия вперед, несмотря на признанный фактический и юридический проблематичный характер старых норм¹². Проще говоря, новое положение статьи 316(f) Уголовного кодекса Германии, как и ее предшественницы, статьи 316(d) Уголовного кодекса Германии, продлевает переходный период постановления Федерального конституционного суда на неопределенный период.

28. 11 июля 2013 г.¹³ Федеральный конституционный суд объявил Закон о терапевтическом заключении под стражу конституционным при условии, что он толковался бы узко в том смысле, что содержание под стражей в соответствии с данным законом должно осуществляться при

¹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, §§ 130, 173.

² *Ibid.*, § 141.

³ *Ibid.*, § 113.

⁴ *Ibid.*, § 142.

⁵ *Ibid.*, §§ 91 и 141.

⁶ *Ibid.*, § 142.

⁷ Закон о превентивном заключении (отличие от лишения свободы) (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*) от 5 декабря 2012 г., вступил в силу 1 июня 2013 г.

⁸ См. § 79 настоящего Постановления.

⁹ См. § 77 настоящего Постановления. Об оценке этого законодательства см.: *Annemarie Dax*. *Op. cit.*

¹⁰ Пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних в редакции Закона от 5 декабря 2012 г.

¹¹ *Ibid.*, пункт 4 статьи 7.

¹² В законопроекте, который был принят позднее, приводятся следующие доводы: «Damit wird... diese rechtlich und tatsächlich problematische Anordnungsform noch so lange fortgeführt, bis der Schutz der Bevölkerung durch den Ausbau insbesondere der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung übernommen werden kann» («Тем самым... данная проблематичная с юридической и фактической точек зрения форма вынесения постановления изменяется далее до тех пор, пока не может быть обеспечена защита общества путем расширения, в частности, имеющегося права на возможную изоляцию от общества в профилактических целях») (Журнал Бундестага Федеративной Республики Германия. 17/9874. Р. 12).

¹³ Постановление Федерального конституционного суда от 11 июля 2013 г. (BVerfGE) 2 BvR2302/11 и 2 BvR1279/12.

соблюдении тех же ограничительных условий, при которых может быть назначено ретроспективное превентивное заключение¹, поскольку этот закон должен рассматриваться как «уголовный», и интенсивность его вмешательства в осуществление права заключенного лица на свободу соответствует этому превентивному заключению². В частности, содержание лица под стражей согласно Закону о терапевтическом заключении под стражу будет законным, если только конкретные факты демонстрируют, что существует высокий риск того, что соответствующее лицо совершит особо тяжкие преступления. Тем не менее понятие «психическое расстройство» трактовалось широко, включая не только психические заболевания, нуждающиеся в клиническом лечении, но и расстройства личности достаточной степени тяжести³.

После принятия этого решения все остальные дела, попадающие под действие Закона о терапевтическом заключении под стражу, были пересмотрены компетентными органами власти, и соответствующие лица были постепенно освобождены. Во время посещения Европейским комитетом по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (далее – ЕКПП) соответствующих учреждений Германии в ноябре 2013 года только один человек в стране по-прежнему содержался под стражей в соответствии с данным законом. Делегация ЕКПП была проинформирована о том, что вышеупомянутое лицо, как ожидается, будет освобождено на каком-то этапе и что затем Закон о терапевтическом заключении под стражу станет «устаревшим» *de facto*⁴.

Поскольку пункт 2 статьи 316(f) Уголовного кодекса Германии разрешал продление превентивного заключения по делам ранее ретроспективно назначенного или продленного превентивного заключения, если психическое расстройство правонарушителя могло привести к крайне серьезным насильственным или сексуальным преступлениям, практически не осталось места для применения Закона о терапевтическом заключении под стражу. Таким образом, отсутствовала необходимость использовать это гражданско-правовое средство заключения под стражей, поскольку преследуемых лиц можно было просто содержать в превентивном заключении с помощью аналогичного уголовно-правового средства. Это, очевидно, стало возможным после принятия Постановления Федерального конституционного суда в мае 2011 года, в котором было указано вскоре после того, как Закон о тера-

певтическом заключении под стражу вступил в силу 1 января 2011 г., что при тех же самых условиях, которые установлены этим законом, правонарушители могли содержаться в превентивном заключении.

(iii) Реакция властей Германии (§§ 29–31)

29. Реакция властей Германии в Страсбурге была гениальной. Они настаивали в Европейском Суде на необходимости признания в соответствии с Конвенцией не только неограниченного ретроспективного превентивного заключения правонарушителей с «психическим расстройством» (*psychische Störung*), но и содержания под стражей до совершения преступления предположительно опасных лиц в профилактических целях. Данная тактика оправдала себя. Всего через два года после вынесения Постановления Европейского Суда от 1 декабря 2011 г. по делу «Швабе и М.Г. против Германии»⁵ Европейский Суд отступил в деле «Остендорф против Германии»⁶ от своей предыдущей позиции, признав, что обязательство соблюдать общественный порядок, не совершая преступлений, может рассматриваться как достаточно «конкретное» по смыслу подпункта «b» пункта 1 статьи 5 Конвенции, «если место и время неминуемого совершения преступления и его потенциальная жертва (потенциальные жертвы) были достаточно конкретно указаны»⁷. В тот же год Европейский Суд вынес Постановление по делу «Бергманн против Германии»⁸, пересмотрев свою позицию, изложенную в Постановлении по делу «М. против Германии». Настоящее Постановление подтверждает уступчивую позицию Европейского Суда.

30. Если было бы принято толкование подпункта «e» пункта 1 статьи 5 Конвенции, поддерживающее немецкую модель превентивного заключения, предполагающее содержание под стражей «душевнобольных» лиц независимо от уголовно-правовой системы, это открыло бы дверь для пре-

¹ Постановление Федерального конституционного суда от 11 июля 2013 г. (BVerfGE) 2 BvR2302/11 и 2 BvR1279/12, § 83.

² *Ibid.*, § 80.

³ *Ibid.*, §§ 97–117.

⁴ Доклад Правительству Германии о посещении Германии ЕКПП с 25 ноября по 2 декабря 2013 г., CPT/Inf(2014)23, § 9.

⁵ Постановление Европейского Суда по делу «Швабе и М.Г. против Германии» (*Schwabe and M.G. v. Germany*) от 1 декабря 2011 г., жалобы №№ 8080/08 и 8577/08.

⁶ Постановление Европейского Суда по делу «Остендорф против Германии» (*Ostendorf v. Germany*) от 7 марта 2013 г., жалоба № 15598/08.

⁷ Упомянувшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Остендорф против Германии», § 93. В своем отдельном мнении, приложенном к этому Постановлению, судьи Лемменс и Ядерблом отметили, что чисто превентивное заключение может быть оправдано в соответствии с подпунктом «c» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Данная позиция в настоящее время подтверждена в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «S., V. и A. против Дании» (*S., V. and A. v. Denmark*) от 22 октября 2018 г., жалоба № 35553/12 и две другие жалобы.

⁸ Постановление Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии» (*Bergmann v. Germany*) от 7 января 2016 г., жалоба № 23279/14.

вензивного заключения без предварительно совершенного преступления. В рассуждениях властей государства-ответчика связь между предшествующим преступлением и содержанием под стражей воспринимается как довольно поверхностная, поскольку в противном случае содержание под стражей было бы включено в сферу действия подпункта «а» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Это предоставило бы широкие возможности для заключения какого-либо лица под стражу без любого повода, кроме предсказания опасности.

31. Успех Правительства Германии нашел отклик в некоторых землях, которые не уклонялись от введения новых радикальных форм превентивного заключения, таких как неограниченное превентивное заключение, предписанное в соответствии с полицейскими правилами (например, статья 20 Закона Баварии *Polizeiaufgabengesetz*¹ и статья 18 Закона земли Бремен *Polizeigesetz*²). Хотя эти меры назначаются под судебным надзором, они основаны лишь на подозрении в будущем преступном поведении независимо от какой-либо находящейся на рассмотрении или будущей уголовной процедуры и без каких-либо временных ограничений³. *Schutzhaft* снова вернулось, хотя и с судебной поддержкой на этот раз.

С. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДАННОГО РАЗДЕЛА (§§ 32–35)

32. По логике системы уголовного права Германии превентивное заключение не имело терапевтической цели. Правонарушителя, являющегося душевнобольным человеком, на основании постановления о содержании под стражей в больнице направляют в судебно-психиатрическое учреждение (статья 63 Уголовного кодекса Германии) после того, как эксперт приходит к выводу, что существует опасность совершения им новых преступлений вследствие психического расстройства. Правонарушитель подлежит превентивному заключению (статья 66 Уголовного кодекса Германии) в случаях, когда у него нет основного психического расстройства, только порочная тенденция, которая может привести к совершению преступлений в будущем. Статья 63 Уголовного кодекса Германии была направлена на «безумного» правонарушителя (то есть невменяемого опасного правонарушителя, который совершил преступление в связи с психическим заболеванием), тогда как статья 66

этого кодекса нацеливалась на «плохого» правонарушителя (а именно на вменяемого опасного правонарушителя, который неоднократно совершает тяжкие преступления (*Gewohnheitsverbrecher*) и считается «неизлечимым» (*unverbesserlich*))⁴. Аналогичное положение дел сохраняется и сегодня: в то время как пункт 6 статьи 67(d) Уголовного кодекса Германии определяет, что мера безопасности, основанная на статье 63 кодекса и постановлении о содержании под стражей в больнице, должна быть прекращена (*erledigt*), когда соответствующие требования не изменились, то статья 66(b) Уголовного кодекса Германии и пункт 4 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних по-прежнему предусматривают ретроспективное превентивное заключение в ситуации, которая была бы невозможна, если бы эта мера имела терапевтическую цель. Кроме того, статья 67 Уголовного кодекса Германии предусматривает так называемую замещающую систему. В случае постановления психиатрической больницы или постановления о лечении наркомании эта мера, как правило, должна быть исполнена до вынесения приговора о тюремном заключении. Если мера применяется в то время, когда срок тюремного заключения всё еще подлежит исполнению, период, проведенный в больнице во исполнение этой меры, будет засчитываться в срок лишения свободы в общей сложности до двух третей срока тюремного заключения. Превентивное заключение исключается из системы замещения⁵, очевидно, поскольку оно воспринимается не как лечение, а скорее как наказание. *Feindstrafrecht* всё еще очень жив.

33. Таким образом, за более чем 85-летний период существования превентивного заключения в уголовном праве Германии оно никогда не было связано с медицинским или психиатрическим лечением, да и с лечением вообще. Напротив, превентивное заключение всегда рассматривалось как мера безопасности, ограничивающая свободу⁶, в отличие от мер, ориентированных в первую

¹ *Polizeiaufgabengesetz* (нем.) – Закон о функциях полиции (примеч. переводчика).

² *Polizeigesetz* (нем.) – Закон о полиции (примеч. переводчика).

³ Jörg Kinzig. Die Ausweitung der Sicherungsverwahrung und die daraus resultierenden Probleme für eine zuverlässige Kriminalprognose // B. Bannenberg, J.-M. Jehle (eds.). *Gewaltdelinquenz, Lange Freiheitsentziehung, Delinquenzverläufe*, Mönchengladbach: Forum Verlag, 2011. P. 355–366.

⁴ Согласно концепции фон Листа превентивное заключение не должно было считаться мерой исправления и профилактики, но наказанием по соображениям безопасности, так как отсутствовали какие-либо шансы на успех лечения. Фон Лист сравнил привычного преступника с большой конечностью, влияющей на здоровье всего организма, с раковой язвой, отравляющей общество (*Von Liszt. Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1883) // 3 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. P. 36), в этом отношении предвосхищая нацистское мышление и его элиминативную практику (*Johannes Kaspar. Die v. Liszt-Schule und der Umgang mit gefährlichen Gewohnheitsverbrechern* // Arnd Koch, Martin Löhnig (eds.). *Die Schule Franz von Liszt*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. P. 124).

⁵ В Уголовном кодексе Германии нет нормы, схожей с пунктом 3 статьи 5 Закона о судах по делам несовершеннолетних.

⁶ По собственным словам Федерального конституционного суда: «Dieser besondere Charakter der Sicherungsverwahrung tritt bei dauerhafter Unterbringung besonders augenfällig zutage, weil hier der Besserungszweck der Maßregel hinter ihren Sicherungs-

очередь на лечение, предусмотренное в статьях 63 (помещение в психиатрическую больницу) и 64 Уголовного кодекса Германии (помещение в больницу для лечения от наркомании или алкоголизма).

34. Эпистемологический разворот, совершенный Федеральным конституционным судом Германии в мае 2011 года, который присоединился к стратегическому политическому выбору Закона о терапевтическом заключении под стражу, чтобы избежать прямой конфронтации со Страсбургом, увенчался новой статьей 66(с) в Уголовном кодексе Германии, введенной в 2012 году Законом о превентивном заключении (отличие от лишения свободы). Фактически парламентарии Германии сначала проводили политику «пресуществления» превентивного заключения в неуголовное право, в некарательную меру терапевтического заключения, чтобы гарантировать его несвязанность с тюремным заключением и прежде всего его ретроспективную применимость. Впоследствии в своем Постановлении от 4 мая 2011 г. Федеральный конституционный суд обосновал дальнейшее заключение лиц, которые были подвергнуты ретроспективному превентивному заключению на условиях, изложенных в Законе о терапевтическом заключении под стражу. На практике это привело к продолжению их содержания под стражей, но не к их помещению на лечение, которое должно быть предписано судом по гражданским делам и в соответствии с гражданским законодательством. Кроме того, Федеральный конституционный суд сослался на новый закон (Закон о терапевтическом заключении под стражу) для оправдания продолжения превентивного заключения, в том числе заключенных на основании Закона о несовершеннолетних¹, которое он признал нарушением принципа законных ожиданий (хотя и не запрет ретроспективного законодательства) в том же постановлении. При этом постановление Федерального конституционного суда произвело ретроспективное исцеление превентивного заключения, хотя оно явно явилось результатом нового восприятия *Sicherungsverwahrte* как людей «душевнобольных» и, казалось бы, *ex nunc* перспективы их опасности и необходимости их будущего лечения.

35. Хотя статья 316(f) Закона о введении в силу Уголовного кодекса Германии ограничила применение ретроспективного превентивного заключе-

ния правонарушителями с «психическим расстройством» и в высокой степени опасными в смысле совершения ими наиболее тяжких насильственных преступлений или преступлений на сексуальной почве, это положение не о терапевтическом помещении в психиатрическую больницу, а о ретроспективном превентивном заключении, тесно связанном с преступлением, совершенным в прошлом, за которое был вынесен обвинительный приговор без постановления о превентивном заключении. Как показывает различие дел с иницилирующим преступлением (*Anlasstat*) до или после 31 мая 2013 г., преступление, а не психическое состояние правонарушителя по-прежнему является соответствующим критерием для решения судов.

III. ДОГМАТИЧНОСТЬ ПРЕВЕНТИВНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ (§§ 36–55)

А. ВЗРОСЛЫЕ И МОЛОДЫЕ СОВЕРШЕННОЛЕТНИЕ ПРАВОНАРУШИТЕЛИ (§§ 36–48)

(i) Назад к «бесцельному величию» тюрьмы (§§ 36–41)

36. Политика превентивного заключения в Германии имеет фундаментальные недостатки. Различие между наказаниями на основе вины (*Schuld*) человека, назначенными лицам, подлежащим уголовной ответственности, и мерами по исправлению и профилактики на основе опасности (*Gefährlichkeit*), применяемыми к лицам, не подлежащим уголовной ответственности, а также характеристикой превентивного заключения как меры исправления и профилактики, несмотря на то, что оно применяется к лицам, подлежащим уголовной ответственности, не выдерживает никакого испытания основными принципами современного уголовного права, а именно человеческим достоинством и ресоциализацией.

37. Основная догматическая ошибка заключается в игнорировании того, что тюремное заключение должно быть таким же терапевтическим и ориентированным на свободу, как и превентивное заключение². Принципы, изложенные в §§ 106–118 Постановления Федерального конституционного суда от 4 мая 2011 г. и инкорпорированные в статью 66(с) Уголовного кодекса Германии Законом о превентивном заключении (отличие от лишения свободы), должны применяться как к тюремному заключению, так и к постановлениям о превентивном заключении. Индивидуальное лечение, основан-

zweck zurücktritt» («Этот особенный характер изоляции от общества в профилактических целях особенно ярко проявляется при длительной изоляции, поскольку в данном случае исправительная функция примененной меры отходит на задний план, уступая место изоляционной функции») (Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, § 124).

¹ Ссылку на статью 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних см. в Постановлении Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, §§ 99 и 156.

² Федеральный конституционный суд подробно рассмотрел «сходства» (*Ähnlichkeiten*), «функциональные пересечения» (*Funktionsüberschneidungen*) и «параллели» (*Parallelen*) между этими двумя тюремными режимами (Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 2133, §§ 157–162).

ное на всесторонней оценке потребностей и регулярно обновляемом плане исполнения (*Vollzugsplan*)¹, является императивной чертой организации пенитенциарной системы², ориентированной на ресоциализацию, особенно на длительные сроки тюремного заключения, в соответствии с Европейскими пенитенциарными правилами и иными международными стандартами³. Аналогичным образом уделение особого внимания терапевтическим потребностям и поощрению индивидуальной свободы, участию и мотивации, а также цели программы лечения, направленной на повышение готовности заключенных участвовать в усилиях по уменьшению их опасности для общества, с тем, чтобы они могли быть условно освобождены как можно скорее, являются преобладающими чертами рационального управления пенитенциарной системой. Как правило, программы лечения заключенных должны включать постепенное ослабление режима и разрешение на временный тюремный отпуск.

38. Иными словами, предположительные особенности превентивного заключения также должны быть неотъемлемой частью тюремного заключения. Законодательство Германии само признает это, когда в отношении осужденных заключенных, которые в приговорах были условно выделены для направления в превентивное заключение, оно определяет, что соответствующие тюремные власти несут юридическое обязательство предоставлять конкретные меры по лечению заключенных во время отбывания ими наказания с целью сделать их последующее превентивное заключение необязательным (часть вторая статьи 66(с) Уголовного кодекса Германии)⁴. Кроме того, еще до включения статьи 66(с) в Уголовный кодекс Германии конкретные положения об исполнении превентивного заключения были уже сформулированы на основе исполнения приговоров к лишению свободы (статьи 130–135 упоминавшегося выше Закона о содержании под стражей и исполнении связанных с лишением свободы мер исправления и профилактики)⁵. В этом контексте неудивитель-

но, что Суд Карлсруэ считает, что ресоциализация применяется в равной степени к исполнению приговора о тюремном заключении и к исполнению превентивного заключения, что «может налагать определенные фактические ограничения на детали требования о дистанцировании»⁶.

39. Что еще более важно, требование о дистанцировании основано на предположении о том, что тюремное и превентивное заключения преследуют различные цели, причем первое из них является прежде всего репрессивной реакцией на виновное поведение с целью «компенсации за правонарушение» (*Schuldausgleich*)⁷, а второе направлено исключительно на «будущую защиту общества» (*zukünftigen Sicherung der Gesellschaft*)⁸ от правонарушителей, которые на основе их предыдущего поведения считаются крайне опасными. Предположение о том, что возмездие за правонарушение (*Schuldvergeltung*) или «компенсация за правонарушение» (*Schuldausgleich*)⁹ является основной целью тюремного заключения, противоречит не только основному принципу современного уголовного права ресоциализации (позитивной специальной превенции) правонарушителей, виновных в совершении уголовного преступления, но и также его опоре на человеческое достоинство¹⁰.

40. С момента вынесения своего знаменитого Постановления по делу Лебаха (*Lebach*) в 1973 году¹¹ Федеральный конституционный суд вновь подтвердил, что единственной целью тюремного заключения является реабилитация, а право на реабилитацию следует из принципа человеческого достоинства и гуманности наказаний. Вопреки своей давней приверженности ресоциализации во многих других последующих эпохальных постановлениях¹² скрытое основополагающее предположение в конституционной практике Германии по делам о превентивном заключении по-прежнему заключается в идее тюремного заключения как наказания с его «бесцельным величием» по известному выражению Маураха¹³. В тех случаях, когда Федеральный кон-

¹ Этот вопрос уже находился в центре мотивировки Федерального конституционного суда, см.: Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, §§ 108 и 109.

² См. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства» (*Vinter and Others v. United Kingdom*), жалобы №№ 66060/09, 130/190 и 3896/10, ECHR 2013 (извлечения) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 6 (примеч. редактора).

³ См. комментарий к правилу 103 Европейских пенитенциарных правил 2006 года.

⁴ Об этом положении см. критические замечания Норберта Недопила (*Norbert Nedopil*): *Sicherungsverwahrung und «psychische Störung» aus psychiatrischer Sicht* // Johannes Kaspar (ed.). *Sicherungsverwahrung 2.0*. Baden-Baden: Nomos, 2017. P. 57–68.

⁵ Федеральный конституционный суд сам признал, что эти положения являются «рудиментарными», касающимися «мар-

гинальных сфер», см.: Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 121).

⁶ *Ibid.*, § 108.

⁷ *Ibid.*, § 105.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, § 108.

¹⁰ Важно напомнить, что Федеральный конституционный суд обосновал свое требование о проведении различия в решении 2004 года по вопросу о человеческом достоинстве (часть первая статьи 1 Основного закона Германии).

¹¹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 35, 202.

¹² См., например, Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 39, 46, а также 72, 114.

¹³ *Maurach, Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe: Müller Verlag, 1971. P. 77. По соображениям экономии места я не могу углубляться здесь в немецкие догматические дебаты о целях на-

ституционный суд признал, что заслуживающее порицания поведение являлось «точкой соприкосновения» (*Anknüpfungspunkt*) превентивного заключения, но не его «основой» (*Grund*) при условии, что тюремное заключение имеет свою «основу» в таком поведении¹, метафизическая репрессивная функция наказания в виде лишения свободы вновь вошла через заднюю дверь и заняла центральное место в уголовном праве в Германии.

41. Еще хуже то, что это предположение отвлекает государственные органы от их обязанности предоставлять средства, необходимые для создания пенитенциарной системы, основанной на ресоциализации. Иными словами, такое допущение ставит под опасную угрозу принцип ресоциализации заключенных, поскольку полная реализация данного принципа в тюрьмах также нарушила бы требование о дистанцировании. Означает ли это, что конституционные судьи признают, что в тюрьмах продолжает преобладать неконституционная практика? Это требование не вписывается в современный уголовно-правовой подход противодействия возможному ущербу личности (*Haftschäden*), причиненному каким-либо долгосрочным содержанием под стражей². Если предположение «бесцельного величия» тюремного заключения неверно, как говорит нам современное уголовное право, требование о дистанцировании не может существовать, и «институт превентивного заключения несовместим с основным правом на свободу заключенных, находящихся в превентивном заключении»³.

(ii) Манипуляции с психиатрией (§§ 42–44)

42. По разным причинам политика властей государства-ответчика в период после вынесения Европейским Судом упоминавшегося выше Постановления по делу «М. против Германии» рискует удариться в манипулирование психиатрией для целей социальных репрессий⁴. С научной точ-

казания, но сошлюсь на свою работу: Ein unausrottbares Missverständnis, Bemerkungen zum strafrechtlichen Schuldbegriff von Jakobs (1998) // 110 Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft. P. 640–657.

¹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 104.

² Как отражено в Постановлении Федерального конституционного суда по вопросу о пожизненном заключении от 21 июня 1977 (1 BvL 14/76).

³ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 130.

⁴ Об этих мотивах см. среди многих прочих примеров: *Katrin Höffler*. Die Kriminalprognose und das Risiko. P. 35–56; *Hauke Brettel*. «Ist gestört, wer ständig stört?» Zum Verhältnis von psychischer Störung und Straffälligkeit // Johannes Kaspar (ed.). Sicherungsverwahrung 2.0, Baden-Baden, Nomos, 2017. P. 245–252; *Michael Alex*. Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminologisches Debakel, Holzkirchen: Felix-Verlag, Holzkirchen, 2013; *K. Drenkhahn, C. Morgenstern*. Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen – Der Streit um

ки зрения, отсутствует какая-либо связь между психиатрическим диагнозом и опасностью, особенно в отношении несовершеннолетних и молодых людей, прогноз которых является наиболее неопределенным. Прогнозирование совершения особо тяжких преступлений крайне затруднено из-за их низкого базового уровня и, вероятно, невозможно в искусственном мире тюремного заключения, особенно в случае молодых людей в возрасте, способствующем сопротивлению, и со сравнительно короткой криминальной биографией. Прискорбно, что власти страны закрывали глаза на хорошо задокументированные проблемы переоценки вероятности рецидивизма, приводящие к распространению «ложноположительных» результатов. Фактически Суд Карлсруэ рассматривал проблему ненадежных эмпирических доказательств в качестве конкретного основания для требования о дистанцировании и исполнения превентивного заключения в соответствии с этим требованием, но не принял во внимание тот же ненадежный аспект в отношении тюремного заключения. Данные проблемы усугубляются недавними достижениями в психиатрии и психологии, которые привели к массовому расширению диагнозов в категории психических расстройств⁵. Многие из этих расстройств являются циклическими конструкциями, поскольку именно преступление приводит к констатации расстройства. Это особенно верно для антисоциального расстройства и расстройства сексуального характера.

43. В типично кафкианской ситуации психическое расстройство на практике приравнивается к опасности заключенного («перемаркировка»). Учитывая, что психическое заболевание не является общим требованием превентивного заключения, это означает, что есть правонарушители, имеющие психическое заболевание или не имеющие его, которые содержатся под стражей в соответствии со статьей 66 Уголовного кодекса Германии, последние не могут являться субъектом медицинского направления в психиатрическое учреждение. Всё же широкая трактовка Федеральным конституционным судом понятия «психическое расстрой-

die Sicherungsverwahrung (2012) // Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. P. 132–203; *A. Kreuzer*. Kriminalpolitische und rechtliche Aspekte der Reform des Sicherungsverwahrsrechts // B. Bannenberg und J.-M. Jehle (eds.). Gewaltdelinquenz, Lange Freiheitsentziehung, Delinquenzverläufe, Mönchengladbach: Forum Verlag, 2011. P. 291–308; *V. Schöneburg*. Rechtsstaat und Sicherheit: Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand (2010) // Menschenrechtsmagazin. P. 83–90; *H. Ostendorf*. Jugendstrafrecht – Reform statt Abkehr (2008) // Strafverteidiger. P. 148–153; *Michael Alex*. Nachträgliche Sicherungsverwahrung – eine empirische Bilanz (2008) // Neue Kriminalpolitik. P. 150–153; *U. Eisenberg*. Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei zur Tatzeit Jugendlichen bzw. Heranwachsenden? (2007) // Juristenzeitung. P. 143–144.

⁵ См. мое мнение, приложенное к упоминавшемуся выше Постановлению Европейского Суда по делу «Куттнер против Австрии».

ство» (*psychische Störung*) приводит к серьезному риску, приравнивая психическое расстройство к опасности заключенного для общества, просто ради обоснования его дальнейшего содержания под стражей. Этот риск кругового рассуждения, а именно «тот, кто совершает преступление подобным образом, должен страдать психическими расстройствами, и тот, кто совершает преступление таким образом и страдает психическим расстройством, должен быть опасен»¹, усугубляется пониманием Федеральным конституционным судом «психического расстройства» в качестве юридического понятия, основанного на расплывчатом психиатрическом диагнозе антисоциального расстройства или девиантного поведения, а также неопределенной и абстрактной практике властей Германии в отношении классификации заключенных лиц, представляющих собой опасность².

44. В этом контексте очевидно, что превентивное заключение осужденных заключенных, которые, как было установлено, является психически здоровыми, чтобы предстать перед судом и нести юридическую ответственность, но были неправильно идентифицированы как «психически больные» лица, служит только цели продления их заключения *ad aeternum*³, и если необходимо, то ретроспективно, независимо от того, могут ли они быть излечимы или нет. По сути Федеральный конституционный суд в своем Постановлении от 4 мая 2011 г. также принял эту перспективу по делу заявителя G., который был заключен под стражу в психиатрической больнице в соответствии с нормами о мерах исправления и профилактики (статья 63 Уголовного кодекса Германии), и заключение которого было прекращено на том основании, что заявитель проходил терапию (*therapieunfähig*), хотя суд потребовал привести в исполнение оставшуюся часть наказания в виде лишения свободы и в последствии его превентивное заключение⁴.

(iii) Разочарование в законных ожиданиях (§§ 45–48)

45. Неопределенность внутренней правовой базы усугубляется прецедентной практикой Федерального конституционного суда в отношении вопроса о «законных ожиданиях»⁵. Согласно позиции

¹ См. мое мнение, приложенное к упоминавшемуся выше Постановлению Европейского Суда по делу «Куттнер против Австрии»..

² Karl Nußstein. Das Therapieunterbringungsgesetz – Erste Erfahrungen aus der Praxis (2011) // Neue juristische Wochenschrift. P. 1194–1197.

³ *Ad aeternum* (лат.) – навечно (примеч. переводчика).

⁴ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 64.

⁵ См. краткое изложение дискуссии: Monika Werndl. Altfallproblematik und rechtsstaalicher Vertrauensschutz in Sachen Sicherungsverwahrung // Johannes Kaspar (ed.). Sicherungsverwahrung

Суда Карлсруэ закон может быть ретроспективным в том смысле, что, хотя его правовые последствия возникают только после его публикации, он охватывает события, «приведенные в движение» (*ins Werk gesetzt*) до его вступления в силу, но все еще не завершённые в данный момент⁶. Это так называемая ложная ретроспективность (*unechte Rückwirkung*), которую необходимо отличать от «подлинной ретроспективности» (*echte Rückwirkung*), посредством которой новый закон изменяет правовые последствия событий, завершённых до его вступления в силу. В отношении ретроспективных законов в первом смысле принципы правовой определенности и защиты законных ожиданий не имеют общего приоритета над намерением законодателя изменить существующий правовой порядок в ответ на изменение обстоятельств. Законодатель может принять такие ретроспективные законы, если важность цели законодательства для общего блага перевешивает важность заинтересованности в защите законных ожиданий.

46. Это точно то, что Федеральный конституционный суд заключил в связи с делом «М. против Германии», которое касалось отмены 10-летнего ограничения с ретроспективным эффектом. В данном деле суд решил, что такая отмена коснулась только тех лиц, кто уже содержался в превентивном заключении на момент вступления закона в силу, а не тех, в отношении которых мера уже была исчерпана на тот момент. Кроме того, «общее благо» (*das Wohl der Allgemeinheit*) превалировало над надеждой избранных заключенных, что законный максимум в 10 лет будет сохранен⁷.

47. Кроме того, в силу искусственности аргумента, согласно которому новый закон повлиял не на саму меру как правовое последствие поведения правонарушителя, а только на ее продолжительность, уравнивание, выполняемое Судом Карлсруэ, явно включает опасность того, что

rung 2.0, Baden-Baden: Nomos, 2017. P. 71–102; Karl Nußstein. Op. cit. P. 1194; Jörg Kinzig. Op. cit. P. 177; Arthur Kreuzer. Op. cit. P. 10.

⁶ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, §§ 173 и 174.

⁷ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, §§ 177 и 187. Позднее это обоснование было распространено Федеральным конституционным судом на часть вторую статьи 66 Уголовного кодекса Германии (Постановление от 23 августа 2006 г. (BVerfGE) 2 BvR226/06, §§ 14–16), на второе предложение части первой статьи 66(b) Уголовного кодекса Германии (Постановление от 22 октября 2008 г. (BVerfGE) 2 BvR226/06, §§ 26–37) и часть третью статьи 66(b) Уголовного кодекса Германии (Постановление от 5 августа 2009 г. (BVerfGE) 2 BvR2098 и 2 BvR2633/08, §§ 22–33). Последний случай особенно интересен, поскольку в нем Федеральный конституционный суд признал, что «подлинное» ретроспективное превентивное заключение может быть совместимо с Основным законом Германии. Эта позиция была пересмотрена в Постановлении Федерального конституционного суда от 6 февраля 2013 г. (BVerfGE) 2 BvR2122/11, 2 BvR2705/11).

ретроспективное превентивное заключение может быть использовано на практике в качестве корректирующего действия для ошибочных суждений, вопиюще искажающих принцип *ne bis in idem*.

48. В своем Постановлении от 4 мая 2011 г. Федеральный конституционный суд не только не уточнил, какую ситуацию он назвал отправной точкой, с которой начинается обсуждаться ретроактивность, превентивное заключение (еще не завершено), осуждение (завершено) или преступление, совершенное в прошлом (завершено), но и признал, что и в случае ретроспективного продления срока превентивного заключения (пункт 3 статьи 67(d) Уголовного кодекса Германии во взаимосвязи с пунктом 6 статьи 2 Закона о судах по делам несовершеннолетних), и в случае ретроспективного применения превентивного заключения (часть вторая статьи 66(b) Уголовного кодекса Германии и пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних) имело место посягательство на законные ожидания избранных заключенных, независимо от того, считается ли это «подлинным» и «ложным» случаем ретроспективности¹, и что нарушение требования о дистанцировании дает законным ожиданиям избранного лица значение, приближающееся к абсолютной защите законных ожиданий². Федеральный конституционный суд признал, что в этом контексте защита законных ожиданий тесно связана и структурно аналогична принципу *nulla poena sine lege*. Действительно, непонятно, почему лицо, приговоренное к тюремному заключению, пользуется полной защитой, обеспечиваемой принципом законности, включая запрещение ретроспективного *lex gravior*, во время отбывания тюремного заключения, но теряет эту защиту, когда оно после отбытия своего тюремного заключения и «заплатило» за свое правонарушение. Обе санкции являются серьезным нарушением права правонарушителя на свободу и поэтому должны подвергаться одному и тому же испытанию на законность и одному и тому же абсолютному запрещению ретроспективного *lex gravior*, независимо от его психического состояния. Или следует предположить, что *Sicherungsverwahrten*, особенно те, у кого имеется психическое расстройство, менее заслуживают достоинства и проявления человечности?

В. НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИЕ И МОЛОДЫЕ СОВЕРШЕННОЛЕТНИЕ ПРАВОНАРУШИТЕЛИ (§§ 49–52)

(i) Политика, не основанная на пропорциональности (§ 49)

49. Превентивное заключение применительно к несовершеннолетним и молодым взрослым не

было эмпирически проверено, оно было основано на политике соразмерности выбора³. Изучение законодательной процедуры в данном случае о многом говорит. Не проводилось ни оценки результатов применения такого режима в отношении взрослых, ни какого-либо рассмотрения возможных менее интрузивных альтернативных мер. Что касается несовершеннолетних, то *a fortiori* мнения Комитета ООН по правам человека в отношении взрослых должны были приниматься во внимание следующим образом:

«Во избежание произвола в этих обстоятельствах государству-участнику следовало бы продемонстрировать, что реабилитация автора не могла быть обеспечена менее интрузивными средствами, чем продолжающееся тюремное заключение или даже содержание под стражей, особенно с учетом того, что государство-участник в соответствии с пунктом 3 статьи 10 Пакта обязано принимать эффективные меры, если это действительно необходимо, по перевоспитанию автора за 14 лет, в течение которых он находился в тюрьме»⁴.

Кроме того, политический выбор ретроспективного применения превентивного заключения к несовершеннолетним определялся одним-единственным делом, делом заявителя. На самом деле во время парламентских слушаний экспертов, Конопка (*Konopka*), директор Центра превентивного заключения при тюрьме «Штраубинг», отстаивал идею незаменимости меры на основе необходимости держать заявителя в заключении⁵. В своем решении от 9 марта 2010 г. Верховный федеральный суд Германии прямо признал связь между новым законом и конкретным делом заявителя⁶.

³ См. об этой дискуссии: Bernd-Dieter Meyer. Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen und Heranwachsenden // Johannes Kaspar (ed.). Sicherungsverwahrung 2.0, Baden-Baden: Nomos, 2017. P. 217–238; Christian Laue. Die Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht // Vorgänge (2015) 205, Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik. P. 43–50; Katharina Karmrodt. Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht, Berlin, LIT Verlag, 2012; Tillmann Bartsch. Eine verpasste Chance! Zur Reform der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung im JGG (2013) // Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe. P. 182–189; Stefanie Kemme. Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht (2011) // Praxis der Rechtspsychologie. P. 93–114.

⁴ Комитет ООН по правам человека, дело «Фардон против Австралии» (Fardon v. Australia) (CCPR/C/98/D/1629/2007 от 10 мая 2010 г.), § 7.4.

⁵ Конопка упомянул дело заявителя в качестве первого из трех дел, в которых превентивное заключение было бы необходимо. См.: Protokoll der 103. Sitzung am 28. Mai 2008, Stellungnahme für den BT-Rechtsausschuss // Журнал Бундестага Федеративной Республики Германия, BT-Drucksache 16/6562 // http://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0304/bundestag/ausschuesse/a06/anhoeerungen/Archiv/37_Jugendstrafrecht-Sichver/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Konopka.pdf

⁶ Верховный федеральный суд Федеративной Республики Германия 1 StR554/09: «Vorliegend ist zudem die zeitliche Nähe des Erlasses dieses Gesetzes zum Ende des Strafvollzugs des Verurteilten in dieser Sache zu berücksichtigen. Der Verurteilte verübte die Strafe aus der Anlassverurteilung bis 17. 7. 2008. Das Gesetz zur

¹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 134.

² Ibid., § 138.

Уголовный закон, утвержденный на практике для одного человека, является не просто вопиющим нарушением принципа соразмерности: это посягательство на само верховенство права.

(ii) *Отсутствие образовательной цели (§ 50)*

50. Что еще хуже, законодатель Германии не обратил внимания на специфическое положение несовершеннолетних правонарушителей, особенно их подростковый возраст, небольшое криминальное прошлое, расширенные возможности терапии и риска потенциального превращения превентивного заключения в пожизненное заключение. Это привело к тому, что не было дано никаких конкретных инструкций по исполнению наказаний в отношении несовершеннолетних и молодых людей¹. Кроме того, постановление о превентивном заключении, назначенное несовершеннолетним, по-прежнему было сосредоточено на нейтрализации, а не на ресоциализации правонарушителя. Наконец, требование о лишении свободы на срок не менее семи лет представляется произвольным и неуместным для законодательства о несовершеннолетних в отношении совокупных наказаний. В целом выбор курса действий вряд ли был совместим с образовательной концепцией ювенального права.

(iii) *Неравенство в обращении по сравнению со взрослыми (§§ 51–52)*

51. Данный вывод подкрепляется упразднением требований «склонности» (*Hang*) к совершению преступлений и наличия новых фактов (*nova*), указывающих на опасность правонарушителя во время тюремного заключения в отношении несовершеннолетних, что ставит серьезный вопрос о неравенстве по сравнению со взрослыми право-

нарушителями. С заявленной целью, повышение точности прогноза, было установлено, что могут рассматриваться не только новые факты, возникшие в период содержания под стражей, но и любые другие, включая те, которые уже были известны суду первой инстанции, но в то время оценивались иным образом.

52. Подобный политический выбор отнюдь не был результатом гуманистического мышления или серьезного рассмотрения проблем, связанных с прогнозированием поведения молодых людей. Напротив, это была очевидная возможность избавиться от истинного ограничительного условия, которое могло на практике препятствовать упорядочению ретроспективного превентивного заключения. Что касается закона для взрослых, то именно необходимость представления фактов *nova*, которые согласно практике Верховного федерального суда Германии часто приводили к отклонению ретроспективного превентивного заключения². Верховный федеральный суд Германии ясно дал понять, что любой факт, который был рассмотрен или мог быть рассмотрен внимательным судьей, не может служить *nova* оправданием ретроспективного превентивного заключения³. Требование *nova*, как его понимает Верховный федеральный суд Германии, было в то время единственным серьезным и эффективным препятствием для назначения ретроспективного превентивного заключения многочисленным заключенным. Это была именно та ситуация, которую законодатель хотел избежать в случае несовершеннолетних.

С. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДАННОГО РАЗДЕЛА (§§ 53–55)

53. Бесконечное изменение и латание законодательства в отношении превентивного заключения стало возможным благодаря правовому попустительству «импровизированному»⁴ решению требования о дистанцировании. В действительности, помимо некоторых количественных различий (таких, как размер камеры или удвоение минимального времени свиданий в месяц), разница между исполнением постановления о превентивном заключении и тюремным заключением является лишь очевидной из-за отсутствия эффективного осуществления прав заключенных в пенитенциарных учреждениях. Если последние будут осу-

Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht (BGBl I 1212) vom 8. 7. 2008 trat unmittelbar vorher am 12. 7. 2008 in Kraft. Diese zeitliche Nähe lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber Fallgestaltungen der vorliegenden Art bei Erlass des Gesetzes im Blick gehabt hat und auch diese erfassen wollte» («В настоящее время при рассмотрении этого вопроса следует принимать во внимание тот факт, что данный закон был принят незадолго до окончания срока заключения осужденного. Осужденный отбывал наказание на основании вынесенного в связи с совершенным преступлением приговора до 17 июля 2008 г. Закона о введении ретроспективного превентивного заключения для осужденных в рамках уголовного закона, касающегося молодых правонарушителей (Журнал Бундестага Федеративной Республики Германия. I/1212), от 8 июля 2008 г., вступил в силу непосредственно перед этой датой, 12 июля 2008 г. Эта близость по времени позволяет сделать вывод о том, что законодатель при принятии этого закона рассматривал конкретные подобные случаи и хотел их учесть»).

¹ Hauke Brettel. Der Vollzug der Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 JGG (2009) // Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe. P. 331–335.

² В Законе 2010 года, который почти отменил ретроспективное превентивное заключение для взрослых, Правительство Германии сослалось на его неэффективность из-за предварительного условия, как того требовал Верховный федеральный суд Германии (Bundestags-Drucksache 17/3403. P. 13).

³ BGH NJW 2006, 384.

⁴ Arthur Kreuzer, Tillmann Bartsch. Gesetzgeberische Flickschusterei und Vollzugsprobleme bei der Sicherungsverwahrung (2008) // Forum Strafvollzug. P. 30–33.

ществляться в соответствии с европейскими стандартами и внутригосударственным законодательством, то это различие значительно сократится или даже исчезнет¹. Хуже того, эмпирические данные демонстрируют, что на практике люди, содержащиеся в превентивном заключении, либо не имеют доступа к терапевтическим услугам, либо не принимают их². Это обычно рассматривается как вина заключенных, но на самом деле это ярко показывает качество таких предложений³.

54. Даже если мы примем, ради аргумента, что превентивное заключение вводится в условиях подобных больничным, как представили власти государства-ответчика, это не должно отвлекать нас от суровой реальности, что *Sicherungsverwahrten* заключены под стражу и могут оставаться в заключении до конца своей жизни. В случае несовершеннолетних это может означать пожизненное заключение. С исторической точки зрения, не следует забывать, что требование о дистанцировании было создано для того, чтобы гарантировать этим заключенным «каплю качества жизни», что показывает, что основное предположение заключалось в том, что это были «безнадежные» больные, которые не поддавались терапии и которые останутся в заключении до конца своей жизни⁴. В конце концов Федеральный конституционный суд признал, что посягательство, предпринятое превентивным заключением на право на свободу, «даже если требование о дистанцировании соблюдено» (*selbst bei Wahrung des Abstandsgebotes*), «сравнимо» (*vergleichbar*) с лишением свободы в связи с постоянным ухудшением внешней свободы⁵, и объясняя, почему именно федеральное законодательство, а не законодательство земель вправе ввести ретроспективное превентивное заключение, назвал его «наказанием» (*Strafe*)⁶. То же самое относится и к терапевтическому заключению под стражу⁷. В свете общих принципов системного толкования конституционного права действительно трудно понять, почему Федеральный конституционный суд рассматривает наказания и меры профилактики и исправления как два предмета одного и того же

характера, а именно уголовного права (*Strafrecht*), но разделяет их в целях принципа законности. Эта избирательная позиция Суда Карлсруэ красноречиво говорит об истинном карательном значении превентивного заключения и терапевтического заключения под стражу.

55. Отказавшись от основного признака режима превентивного заключения, то есть от «склонности» к совершению тяжких преступлений, законодатель декартезировал меру, когда она применяется к несовершеннолетним⁸. Что еще хуже, отказавшись от требования *pova*, он проложил путь к неограниченной репрессивной политике в отношении несовершеннолетних, которая не только относится к несовершеннолетним по-разному, но и дискриминирует их, поскольку нет причин, предусмотренных для различия в обращении. Это специфическое яблоко раздора имеет особое значение в настоящем деле, поскольку данный вопрос был поднят заявителем в Верховном федеральном суде Германии и Федеральном конституционном суде, которые подтвердили вышеуказанный курс⁹. Эти аргументы могут быть полностью поняты только в контексте конфликтующих норм конституционного и международного права, обязательных для судов Германии, к которым я сейчас обращаюсь.

ЧАСТЬ II. ТЕСТИРОВАНИЕ ПРЕВЕНТИВНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ В СООТВЕТСТВИИ С МЕЖДУНАРОДНЫМ ПРАВОМ (§§ 56–130)

IV. КОНТЕКСТ ДИАЛОГА МЕЖДУ СТРАСБУРГОМ И СУДОМ КАРЛСРУЭ (§§ 56–89)

A. КОНТЕКСТ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА (§§ 56–74)

(i) *Дружественность по отношению к международному праву Основного закона Германии (§§ 56–59)*

56. Согласно Основному закону Германии Конвенция стоит рангом ниже Основного закона, имея предназначенный ей ранг федерального закона¹⁰. С учетом этой иерархической структуры

¹ *Johannes Kaspar*. Op. cit.; *Franz Streng*. Op. cit.; *Hauke Brettel*. Op. cit.

² *T. Bartsch*. Aspekte der Sicherungsverwahrung im Straf- und Maßregelvollzug // B. Bannenberg und J.-M. Jehle (eds.). *Gewalt delinquenz, Lange Freiheitsentziehung, Delinquenzverläufe*, Mönchengladbach: Forum Verlag, 2011. P. 291–308.

³ Как признал в своем Постановлении Федеральный конституционный суд (BVerfGE 128, 326, § 123).

⁴ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, § 126.

⁵ *Ibid.*, § 136.

⁶ Постановление Федерального конституционного суда Федеративной Республики Германия [BVerfGE] 109, 190.

⁷ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 2 BvR2302/11, 2 BvR1279/12 (Второй Сенат), § 59.

⁸ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, § 152.

⁹ Как прямо указано в Постановлении Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 56.

¹⁰ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 111, 307, § 31. См. о взаимосвязи между Конвенцией и Основным законом Германии: *Luis López Guerra*. *Dialogues between the Strasbourg Court and national courts* // Amrei Müller (ed.). *Judicial dialogue and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. P. 401–409; *Andreas Paulus*. *Engaging in judicial dialogue: the practice of the German Federal Constitutional Court* // Amrei Müller (ed.). *Judicial dialogue and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. P. 258–266; *Amrei Müller*. *The ECtHR's engagement with Ger-*

Конвенция не является прямым конституционным стандартом проверки законности и обоснованности акта, поэтому заявитель не может непосредственно оспаривать нарушение права человека, закрепленного в Конвенции, посредством обращения с конституционной жалобой в Федеральный конституционный суд. Тем не менее положения Основного закона Германии должны толковаться в соответствии с нормами международного права. Конвенционные гарантии и постановления Европейского Суда служат полезным инструментом толкования для определения сферы охвата и содержания основных прав Основного закона Германии до тех пор, пока они не ограничивают

или не уменьшают уровень защиты основных прав, предусмотренных им¹.

Однако в отличие от других международных договоров Конвенция наделяет суд полномочиями выносить «деклараторное решение»² (*Feststellungsurteil*)³, которое имеет силу *res judicata* между сторонами, но не имеет кассационной силы. Государство-ответчик, участвующее в деле, обязано восстановить, если это возможно, положение, которое имело бы преимущественную силу, если бы не было установлено нарушение Конвенции, с тем чтобы гарантировать соответствие внутреннего правопорядка положениям Конвенции и устранить любые внутригосударственные правовые препятствия для исправления положения заявителя. Для государств, не участвующих в процессе, решение суда является «стимулом» (*Anlass*)⁴ для проверки правопорядка страны и его ориентации в смысле страсбургского прецедентного права.

57. Все государственные органы должны учитывать положения Конвенции и постановления Европейского Суда, а это означает, что неспособность исполнять постановления Европейского Суда и их «схематическое исполнение» (*schematische «Vollstreckung»*)⁵ или «бездумное исполнение» (*unreflektierten Vollzug*)⁶ в отношении превалирующего внутригосударственного права могут нарушить основные права человека. Обязанность считаться с Конвенцией и постановлениями Европейского Суда означает как минимум, что Конвенция должна быть известна и включена в процесс принятия решений законодателем, компетентными административными и судебными органами. При изучении Европейским Судом вопроса с точки зрения конституционного права, в частности, в рамках критерия соразмерности должны учитываться аспекты, рассматриваемые в процессе установления баланса интересов, и должно проводиться сравнение, содержащее результаты этого уравнивания интересов. Это объективная обязанность, которая не зависит от даты вступления в силу закона страны. Таким образом, последний должен соответствовать нормам Конвенции после своего вступления в силу.

58. В случае, если Европейский Суд придет к выводу о наличии нарушения, которое всё еще имеет место на момент вынесения решения властью

man and Russian courts' decisions: encouraging effective cooperation to secure ECHR rights // Amrei Müller (ed.). *Judicial dialogue and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. P. 287–338; Julia Rackow. From conflict to cooperation: the relationship between Karlsruhe and Strasbourg // Katja S. Ziegler and Others (eds.). *The UK and European human rights: a strained relationship?* Oxford, Hart, 2015. P. 379–399; Thomas Giegerich. The Struggle by the German Courts and Legislature to Transpose the Strasbourg Case Law on Preventive Detention into German Law // Anja Seibert-Fohr, Mark E. Villiger (eds.). *Judgments of the European Court of Human Rights: effects and implementation*, Baden-Baden, Nomos, 2014. P. 207–236; Markus Ludwig. Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR (2014) 41 *Europäische Grundrechte Zeitschrift*. P. 273–285; Andreas Paulus. From implementation to translation: applying the ECtHR judgments in the domestic legal orders // Anja Seibert-Fohr and Mark E. Villiger (eds.). *Judgments of the European Court of Human Rights: effects and implementation*, Baden-Baden, Nomos, 2014. P. 267–283; Andreas Vosskuhle. Pyramid or mobile? Human rights protection by the European constitutional courts (2014) // 34 *Human Rights Law Journal* 1–3; Christoph Grabenwarter. Deutschland und die Menschenrechtskonvention: eine Aussensicht // Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (ed.). *Vom Recht auf Menschenwürde: 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013. P. 109–121; Renate Jaeger. Christiane Schmaltz. Die deutsche Rechtsprechung und der EGMR: Kooperation oder Konfrontation? // Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (ed.). *Vom Recht auf Menschenwürde: 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013. P. 97–108; Juliane Kokott. Zusammenwirken der Gerichte in Europa // Von Hanno Kube (ed.). *Leitgedanken des Rechts: Festschrift für Paul Kirchhof*, volume 1, Heidelberg, Müller, 2013. P. 1097–1106; Hans-Jürgen Papier. Das Bundesverfassungsgericht im Kräftefeld zwischen Karlsruhe, Luxemburg und Straßburg // Holger P. Hestermeyer (ed.). *Coexistence, cooperation and solidarity*, volume 2, 2012. P. 2041–2056; Christian Tomuschat. The effects of the judgments of the European Court of Human Rights according to the German Constitutional Court (2010) // 11 *German Law Journal*. P. 513–526; Andreas Vosskuhle. Multilevel cooperation of the European constitutional courts: der Europäische Verfassungsgerichtsverbund (2010) // 6 *European Constitutional Law Review*. Pp. 175–198; Oliver Klein. Strassburger Wolken am Karlsruher Himmel: zum geänderten Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte seit 1998 (2010) // 29 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. P. 221–225; Gertrude Lübke-Wolf. Der Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bei konfligierenden Individualrechten: Plädoyer für eine Korridor-Lösung // Martin Hochhuth (ed.). *Nachdenken über Staat und Recht: Kolloquium zum 60. Geburtstag von Dietrich Murswiek*, Berlin, Duncker und Humblot, 2010. P. 193–209.

¹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 111, 307, § 32.

² Деклараторным решением суда, не затрагивающим существо спора, разъясняется содержание норм права, подлежащих применению в конкретной спорной ситуации (примеч. переводчика).

³ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 111, 307, § 40.

⁴ *Ibid.*, § 39.

⁵ *Ibid.*, § 48.

⁶ *Ibid.*, § 68.

ми государства-ответчика, они должны принять его во внимание и, возможно, указать четкие причины для невыполнения этого решения. В данном случае возможны три сценария. В ситуациях, когда какое-либо положение законодательства страны является несовместимым с положениями Конвенции, оно всё же может толковаться в соответствии с публичным международным правом, если это положение применяется на практике или изменяется законодателем¹. Когда какой-либо административный акт является несовместимым с Конвенцией, компетентный административный орган имеет «возможность» (*Möglichkeit*)², но не обязанность отменить его в соответствии с положениями административного процессуального права. В тех случаях, когда судебное решение было признано несовместимым с положениями Конвенции, постановления Европейского Суда не имеют эффекта исключения *res judicata* решения судебных органов страны.

59. Государственные органы должны учитывать правовые последствия постановлений Европейского Суда во внутрисударственной правовой системе, принимая во внимание, что в страсбургской прецедентной практике разрешаются конкретные индивидуальные дела между заявителем и стороной Конвенции. Эти постановления могут касаться частичных национальных правовых систем, сформированных сложной системой прецедентного права, в которой противоречивые позиции в области прав человека были согласованы путем создания групп дел и перечня установленных правовых последствий³. Подобные системы включают семейное право, право иностранцев и права личности. Задача внутрисударственных судов заключается в том, чтобы интегрировать постановление Европейского Суда в соответствующую часть правовой сферы национальной правовой системы, поскольку постановления Европейского Суда не могут непосредственно вносить какие-либо необходимые коррективы во внутрисударственную часть правовой системы.

(ii) Предостережение о многополярных правозащитных отношениях (§§ 60–61)

60. По мнению Суда Карлсруэ, пределы благоприятного для международного права толкования вытекают из Основного закона Германии и общих принципов правового толкования. Такое благоприятное для международного права толкование невозможно в тех случаях, когда оно не оправдано «признанными методами юридического толкования» (*methodisch vertretbaren Gesetzauslegung*)⁴.

¹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 111, 307, § 51.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, § 58.

⁴ *Ibid.*, § 47.

Судьи Карлсруэ приводят примеры того, когда соблюдение постановления Европейского Суда не являлось бы подходящим толкованием, например, когда оно «нарушает статутное право, установленное с явно обратной целью» (*gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht... verstößt*) или конституционные положения Германии, в частности основные права третьих лиц⁵.

61. Это последнее ограничение рецепции Конвенции может быть особенно актуально в «многополярных отношениях основных прав» (*mehrpole Grundrechtsverhältnisse*), когда плюс свободы одного субъекта основных прав означает минус для другого субъекта основных прав⁶. Можно выделить три основные причины, по которым власти страны воздерживаются от соблюдения прецедентов Европейского Суда в подобного рода отношениях: во-первых, они часто связаны с деликатным балансированием между различными индивидуальными субъективными правовыми позициями, результат которого может измениться при смене субъектов или правовых и фактических обстоятельств; во-вторых, в многополярных отношениях судебное решение может вмешиваться в субъективные права нескольких сторон, которые должны быть согласованы, но где только одна из них могла представлять себя в Европейском Суде; а также, в-третьих, возможность участия третьих сторон в разбирательстве в Европейском Суде не является институциональным эквивалентом прав и обязанностей стороны основного внутрисударственного разбирательства или другого лица, участвующего в первоначальном внутрисударственном разбирательстве. Специфика многополярных отношений в области прав человека означает, что они не могут быть обобщены, а должны рассматриваться с применением дифференцированного подхода⁷.

(iii) Недружественная по отношению к Конвенции интерпретация превентивного заключения (§§ 62–74)

62. Благоприятное для международного права толкование включает обязанность рассматривать конвенционные гарантии и постановления Европейского Суда как имеющие, «по крайней мере, фактический эффект в качестве прецедентов» (*zumindest faktischen Präzedenzwirkung*)⁸, даже

⁵ *Ibid.*, § 62.

⁶ Постановления Федерального конституционного суда (BVerfGE) 111, 307, § 50, и (BVerfGE) 128, 326, § 93.

⁷ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 120, 180, § 82.

⁸ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 89. В этом же Постановлении, однако, суд отрицал, что положения Конвенции имеют эффект «сильного прецедента, выходящего за рамки отдельного дела» (*über den Einzelfall hinausgehende, strenge Präjudizienbindung*).

выходящих за рамки статьи 46 Конвенции. Кроме того, постановления Европейского Суда, которые содержат новые аспекты, относящиеся к толкованию Основного закона Германии, являются «приравненными к юридически значимым изменениям» (*rechtserheblichen Änderung gleichstehen*)¹, которые могут преобладать над окончательными постановлениями Федерального конституционного суда. Вот почему он согласился пересмотреть вопрос о конституционности части третьей статьи 67(d) Уголовного кодекса Германии в своем Постановлении от 4 мая 2011 г., хотя это было уже решено в его Постановлении от 5 февраля 2004 г.²

63. Часть вторая статьи 1 Основного закона Германии – это не шлюз к предоставлению Конвенции «прямого конституционного статуса» (*unmittelbaren Verfassungsrang*), а просто «необязательное программное заявление» (*unverbindlicher Programmsatz*) о том, что в основополагающие права в соответствии с Основным законом Германии включены как минимум права человека³. Согласно позиции Суда Карлсруэ роль постановлений Европейского Суда в качестве вспомогательного инструмента для толкования Основного закона Германии вовсе не означает, что гарантии Основного закона и Конвенции автоматически параллельны⁴. Достаточно принять стандарты, выраженные в прецедентной практике Европейского Суда, в той мере, в какой это представляется методически приемлемым и совместимым со стандартами, изложенными в Основном законе Германии⁵. Таким образом, схематическое согласование значения конституционного

понятия «наказание» с тем, которое закреплено в Конвенции, не является обязательным, если по существу соблюдаются минимальные стандарты, установленные Конвенцией⁶.

64. В своем Постановлении от 4 мая 2011 г. Федеральный конституционный суд подтвердил свою постоянную практику о том, что абсолютный запрет на ретроспективное применение *lex gravior* не относится к превентивному заключению, и поэтому данная мера профилактики и исправления может быть применена ретроспективно к осужденным правонарушителям. Толкование того, что в Германии считается наказанием, не могло быть определено, следуя прецедентной практике Конвенции, но должно было быть определено исключительно в соответствии с Основным законом Германии⁷. Данный аргумент, в частности, привел к сохранению части шестой статьи 2 Уголовного кодекса Германии⁸, которая допускает ретроспективное назначение мер исправления и профилактики.

65. На практике Федеральный конституционный суд исказил смысл и цель Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии»⁹ в той мере, в какой в указанном деле рассматривался вопрос о порядке исполнения превентивного заключения для того, чтобы достичь благоприятного для заключенного результата, а именно расширение сферы применения статьи 7 Конвенции, и подчинить эту меру полноценному принципу законности, в том числе принципу *nulla poena sine lege praevia*. Однако Суд Карлсруэ отказался от данного аргумента, чтобы достичь недружественного по отношению к заключенному результата, а именно сузить сферу действия статьи 7 Конвенции и лишить *Sicherungsverwahrten* преимущества данного точного принципа. Это, очевидно, является результатом несогласия Страсбургского суда и Суда Карлсруэ в отношении применимости принципа *nulla poena sine lege praevia* к превентивному заключению.

¹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 120, 180, § 82.

² Тем временем Страсбургский суд вынес Постановление по делу «М. против Германии». О конституционно-правовой дискуссии в Германии, вызванной этим делом, см.: Christoph Grabenwarter. Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten (2012) // 39 Europäische Grundrechte Zeitschrift. P. 507–514; Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M gegen Deutschland (2010) // 65 Juristenzeitung. P. 857–912; Mehrdad Payandeh, Heiko Sauer. Menschenrechtskonforme Auslegung als Verfassungsmehrwert: Konvergenzen von Grundgesetz und EMRK im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung (2012) // Jura. P. 289–298; Birgit Peters. Germany's dialogue with Strasbourg: extrapolating the Bundesverfassungsgericht's relationship with the European Court of Human Rights in the preventive detention decision (2012) // 13 German Law Journal. P. 757–772; Bertram Schmitt. Der Einfluss der strafrechtlichen Rechtsprechung des EGMR auf den BGH und das BVerfG: Kommentar // Nack Jahn (ed.). Gegenwartsfragen des europäischen und deutschen Strafrechts: Referate und Diskussionen auf dem 3. Karlsruher Strafrechtsdialog am 27 Mai 2011, Köln, Carl Heymann, 2012. P. 47–51.

³ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 120, 180, § 90.

⁴ Ibid., § 86.

⁵ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 111, 307, § 32.

⁶ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 91.

⁷ «Für die gewachsene Verfassungsordnung des Grundgesetzes ist dagegen an dem Begriff der Strafe in Art. 103 GG, wie er in der Entscheidung vom 5. Februar 2004 (BVerfGE 109, 133 <167 ff.>) zum Ausdruck gekommen ist, festzuhalten» («Применительно к усовершенствованному конституционному порядку, предусмотренному Основным законом Германии, в отличие от этого следует твердо придерживаться понятия “наказание”, изложенного в статье 103 Основного закона Германии в том виде, в котором оно отражено в Постановлении от 5 февраля 2004 г. (Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, §§ 167 и последующие)») (Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 142).

⁸ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, § 15.

⁹ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии».

66. На данном этапе важно отметить, что за месяц до вынесения Постановления Федерального конституционного суда в мае 2011 года Европейский Суд вынес поучительное Постановление по делу «Йендровьяк против Германии»¹, из которого стало предельно ясно, что подход, принятый национальными властями после вынесения Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии», было неверным. По делу «Йендровьяк против Германии» Европейский Суд указал, что превентивное заключение заявителя, совершившего многочисленные преступления на сексуальной почве и страдающего расстройством личности, «не попадает ни под одно из исчерпывающе перечисленных допустимых оснований для лишения свободы в соответствии с подпунктами “а”–“f” пункта 1 статьи 5 Конвенции»². Язык Страсбурга не мог быть яснее, и всё же Федеральный конституционный суд продолжил свой путь «ориентированной на результат» (*ergebnisorientierten*)³ интерпретации постановлений Европейского Суда.

67. Вопреки предположению Федерального конституционного суда, рассмотрения им оценочных суждений Европейского Суда в «ориентированной на результат» манере недостаточно. Должна существовать ориентированная на Конвенцию теория основных прав, которая представляет собой нечто иное и более требовательное⁴. Постановления Европейского Суда не только обладают «*de facto* функцией ориентации и указания в отношении толкования Конвенции» (*faktische Orientierungs- und Leitfunktion*)⁵, как утверждает Федеральный конституционный суд. Все постановления Европейского Суда имеют одинаковую юридическую силу, обязательный характер и полномочия по толкованию, которые являются одинаковыми для всех Договаривающихся Сторон Конвенции. Тот факт, что Конвенция предоставляет им самим возможность решать, каким образом они должны соблюдать обязанность выполнять положения Конвенции⁶, не дает государствам права аннулировать или обходить последствия постановлений Европейского Суда. Содержание поста-

новлений Европейского Суда не должно «заново осмысливаться» (*umgedacht*)⁷ в конституционной системе до такой степени, чтобы лишить эти постановления смысла и цели.

68. Если толкование основных прав Основного закона Германии в соответствии с постановлениями Европейского Суда не может привести к защите прав от ограничений, то нельзя злоупотреблять Основным законом для того, чтобы снизить уровень предоставляемой заявителю защиты со стороны Конвенции. В своих внутрисударственных системах Договаривающиеся Стороны могут выйти за рамки защиты прав человека, предоставляемой Европейским Судом заявителю, но они не могут согласно статье 53 Конвенции отступать от этого уровня защиты. Такая возможность стала бы вопиющим искажением статьи 53 Конвенции, что само по себе привело бы к серьезному структурному кризису в системе Конвенции. Безусловно, недопустимо ссылаться на «другие конституционные интересы», такие как «потребность общества в безопасности» (*Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit*)⁸, *in malam partem*⁹, для того, чтобы снизить уровень защиты, предоставляемой заявителю вступившим в силу постановлением Европейского Суда.

69. В данном отношении нельзя также ссылаться на довод о том, что, возможно, игнорируются «многополярные основные права»¹⁰, как на препятствие для полного принятия Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии»¹¹ в конституционном порядке Германии, поскольку интересы общественной безопасности уже были тщательно обсуждены сторонами и надлежащим образом учтены прецедентной практикой Европейского Суда по вопросу, касающемуся превентивного заключения¹². Европейский Суд пришел к следующему выводу:

⁷ *Ibid.*, § 92.

⁸ Помимо общественной безопасности, Федеральный конституционный суд очень осторожно ссылается на «конституционную идентичность» как на «абсолютный предел» (Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 93), но не прибегает к этому аргументу в конкретном деле о превентивном заключении. Представляется, что превентивное заключение само по себе не принадлежит к «конституционной идентичности» Основного закона Германии.

⁹ *In malam partem* (лат.) – в плохом смысле (примеч. переводчика).

¹⁰ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 93.

¹¹ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии».

¹² Например, в упоминавшемся выше Постановлении Европейского Суда по делу «М. против Германии» (§ 82) заявитель утверждал именно то, что «его право на законное содержание под стражей не может быть уравновешено соображениями общественной безопасности», и власти государства-ответчика опровергли этот довод, сославшись на «предотвращение угрозы для общества» и «превентивную цель защиты

¹ Постановление Европейского Суда по делу «Йендровьяк против Германии» (Jendrowiak v. Germany) от 14 апреля 2011 г., жалоба № 30060/04.

² *Ibid.*, §§ 36–38 и 48.

³ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 91.

⁴ См. мое отдельное мнение, приложенное к Постановлению Большой Палаты Европейского Суда по делу «Компания G.I.E.M. S.r.l. и другие против Италии» (G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy) от 28 июля 2018 г., жалоба № 1828/06 и две другие жалобы, § 85 // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018. № 11 (примеч. редактора).

⁵ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 89.

⁶ *Ibid.*, § 91.

«Европейский Суд далее отмечает, что его вышеприведенные доводы относительно объема позитивного обязательства государственных органов по защите потенциальных жертв от бесчеловечного или унижающего достоинство обращения, которое может быть вызвано поведением заявителя... применяются *a fortiori* в контексте запрещения ретроспективных наказаний в соответствии с пунктом 1 статьи 7 Конвенции, положения, отступление от которого не допускается даже во время чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации (пункты 1 и 2 статьи 15 Конвенции). Следовательно, Конвенция не обязывает органы власти государства-ответчика защищать отдельных лиц от преступных деяний заявителя такими мерами, которые нарушают его право, предусмотренное статьей 17 Конвенции, не налагать на него более строгое наказание, чем то, которое применялось в момент совершения его преступления»¹.

70. Несмотря на серьезное искажение смысла и цели упоминавшегося выше Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии»² и системный риск, создаваемый рассуждениями Федерального конституционного суда, большинство судей в настоящем Постановлении следуют этому примеру, подгоняя свое толкование понятия «наказание» в статье 7 Конвенции к «минимальным стандартам» национальных судов. Государства сужают сферу применения принципа законности, и Европейский Суд подыгрывает им, перенося наказание на другие санкции, не охватываемые статьей 7 Конвенции, такие как административная конфискация в Италии и превентивное заключение в Германии.

71. Конституционный суд Итальянской Республики по-прежнему рассматривает конфискацию имущества, связанного с незаконным строительством, как административную меру, которая затем может применяться к деяниям, запрещенным законом³. В Германии Федеральный конституционный суд всё еще считает превентивное заключение «мерой исправления и профилак-

тики, связанной с содержанием под стражей» (*freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung*), которая не затрагивает принцип *nulla poena sine lege praevia*.

72. В обоих делах принятие Конституционными судами принципиальной критики Европейского Суда основных особенностей их систем уголовных санкций является очевидным. Принципиальная критика Европейского Суда конфискации имущества в административном порядке в делах «Компания Sud Fondi S.r.l. и другие против Италии»⁴ в 2009 году и «Варвара против Италии»⁵ в 2013 году была обойдена Конституционным судом Италии в его Постановлении № 49/2015 точно так же, как принципиальная критика Европейского Суда превентивного заключения в деле «М. против Германии» в 2009 году⁶ и его юридического потомства⁷ была обойдена Федеральным конституционным судом в его Постановлении в мае 2011 года. Параграф 151 Постановления Суда Карлсруэ от 5 февраля 2004 г. сегодня по-прежнему считается хорошей правовой нормой, несмотря на его полную несовместимость с Постановлением Европейского Суда по делу «М. против Германии»⁸.

73. Оба Конституционных суда придерживались своих первоначальных принципиальных позиций относительно характера конфискации

общества» (*ibid.*, §§ 113 и 116). См. также упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Йендровьяк против Германии», §§ 36–38; Постановление Европейского Суда по делу «S. против Германии» (S. v. Germany) от 28 июня 2012 г., жалоба № 3300/10, § 103; Постановление Европейского Суда по делу «G. против Германии» (G. v. Germany) от 7 июня 2012 г., жалоба № 65210/09, § 79; Постановление Европейского Суда по делу «B. против Германии» (B. v. Germany) от 19 апреля 2012 г., жалоба № 61272/09, § 88; Постановление Европейского по делу «Кронфельднер против Германии» (Kronfeldner v. Germany) Суда от 19 января 2012 г., жалоба № 21906/09, §§ 86 и 87; Постановление Европейского Суда по делу «O.H. против Германии» (O.H. v. Germany) от 24 ноября 2011 г., жалоба № 4646/08, §§ 93–94.

¹ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Йендровьяк против Германии», § 48.

² См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии».

³ Упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Компания G.I.E.M. S.r.l. и другие против Италии».

⁴ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Компания Sud Fondi S.r.l. и другие против Италии».

⁵ Постановление Европейского Суда по делу «Варвара против Италии» (Varvara v. Italy) от 29 октября 2013 г., жалоба № 17475/09.

⁶ В упоминавшемся выше Постановлении Европейского Суда по делу «М. против Германии» речь шла о ретроспективной пролонгации превентивного заключения за пределы 10-летнего срока (часть третья статьи 67(d) Уголовного кодекса Германии).

⁷ Постановление Европейского Суда по делу «Гайдн против Германии» (Haidn v. Germany) от 13 января 2011 г., жалоба № 6587/04; Постановление Европейского Суда по делу «B. против Германии» (B. v. Germany) от 19 апреля 2012 г., жалоба № 61272/09; Постановление Европейского Суда по делу «S. против Германии» (S. v. Germany) от 28 июня 2012 г., жалоба № 3300/10. Эта группа дел касалась ретроспективного превентивного заключения (*Nachträgliche Sicherungsverwahrung*) (статья 66(b) Уголовного кодекса Германии), в которых решение назначающего наказание суда было фактически исправлено постановлением о ретроспективном назначении превентивного заключения.

⁸ «Für die gewachsene Verfassungsordnung des Grundgesetzes ist dagegen an dem Begriff der Strafe in Art. 103 GG, wie er in der Entscheidung vom 5. Februar 2004 BVerfGE 109, 133 <167 ff.> zum Ausdruck gekommen ist, festzuhalten» («Применительно к усуществствованному конституционному порядку, предусмотренному Основным законом Германии, в отличие от этого следует твердо придерживаться понятия “наказание”, изложенного в статье 103 Основного закона Германии в том виде, в котором оно отражено в Постановлении от 5 февраля 2004 г. (Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, §§ 167 и последующие)») (Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 142).

(как административной санкции) и превентивного заключения (как не являющегося *Strafe*) и не сделали существенных уступок Страсбургу. То же самое произошло и с принципиальной критикой Европейского Суда *de facto* неснижаемого срока пожизненного заключения по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства»¹ в 2013 году, которая была обойдена Апелляционным судом Англии и Уэльса в его Постановлении по делу «Корона против Маклафлина»² в 2014 году. В указанном деле Апелляционный суд ни на йоту не отступил от своей прежней позиции о совместимости постановления о неснижаемом сроке пожизненного заключения с Конвенцией, за что его упрекнула Большая Палата Европейского Суда в Постановлении по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства».

74. Во всех трех делах Европейский Суд безропотно проглотил пилюлю. В Постановлении по делу «Хатчинсон против Соединенного Королевства»³ Большая Палата Европейского Суда отрелась от Постановления по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства», в Постановлении по делу «Компания G.I.E.M. S.r.l. и другие против Италии»⁴ она отрелась недавно от Постановления по делу «Варвара против Италии», и теперь Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Ильнзеер против Германии» отрелается от Постановления по делу «М. против Германии». Печально видеть, что маяк прав человека и реформы уголовного права в Европе не поддерживают основополагающий принцип верховенства права и отказываются от фундаментальных принципов современного уголовного права. Нелиберальные времена требуют сильного контр-мажоритарного Европейского Суда, а не ограниченного Европейского Суда. Это, в частности, верно в свете учений международного и сравнительного права, как будет продемонстрировано впоследствии.

¹ См. упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства».

² Дело «Корона против Маклафлина» (R v. McLoughlin), дело «Корона против Ньюелла» (R v. Newell), Апелляционный суд Англии и Уэльса, отделение по уголовным делам, 18 февраля 2014 г. [2014] EWCA Crim 188.

³ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хатчинсон против Соединенного Королевства» (Hutchinson v. United Kingdom) от 17 января 2017 г., жалоба № 57592/08, и мое отдельное мнение, приложенное к этому Постановлению // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2017. № 6 (примеч. редактора).

⁴ См. упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Компания G.I.E.M. S.r.l. и другие против Италии», а также мое отдельное мнение, приложенное к этому Постановлению, в особенности §§ 61–63, о современном подходе Европейского Суда к уголовному праву, ориентированному на интересы эффективности.

В. КОНТЕКСТ МЕЖДУНАРОДНОГО И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВА (§§ 75–85)

(i) Стандарты Организации Объединенных Наций (§§ 75–79)

75. Принцип законности в области уголовного права как в его позитивном (ретроспективность *lex mitior*), так и в негативном варианте (запрещение ретроспективности *lex gravior*) является обычным международным правом, обязательным для всех государств, и императивным правом, в силу которого никакая другая норма международного или национального права не может отступать от них⁵. Данный принцип *jus cogens* в полной мере применим к превентивному заключению.

76. В принципе, уже было решено, что назначение превентивного заключения осужденному лицу после отбытия им срока лишения свободы, даже когда можно было опасаться, что он может быть опасен для общества в будущем, и в целях его реабилитации нарушает пункт 1 статьи 19 Международного пакта о гражданских и политических правах⁶. Ретроспективное применение такого наказания, даже если оно формально квалифицируется как «гражданское дело», относится к сфере действия запрещения, содержащегося в статье 15 Международного пакта о гражданских и политических правах⁷. Кроме того, Организация Объединенных Наций неоднократно выражала свою озабоченность по поводу количества лиц, содержащихся в превентивном заключении в Германии и продолжительности данного заключения, а также того факта, что условия заключения в прошлом не соответствовали требованиям защиты прав человека⁸.

77. По мнению Комитета ООН по правам человека, государству-участнику следует принимать необходимые меры для того, чтобы после вынесения приговора использовать превентивное заключение в качестве крайней меры и создавать условия содержания под стражей для заключенных, которые отличаются от обращения с осужденными заключенными, отбывающими наказание, и направлены лишь на их реабилитацию и реинтеграцию в общество. Государству-участнику следует предоставить все правовые гарантии защиты прав лиц, содержащихся в заключении, включая периодическую психологическую оценку их ситуации,

⁵ См. §§ 2–9 моего отдельного мнения, приложенного к Постановлению Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мактоуф и Дамьянович против Боснии и Герцеговины» (Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina) от 18 июля 2013 г., жалобы №№ 2312/08 и 34179/08.

⁶ Комитет ООН по правам человека, дело «Фардон против Австралии», CCPR/C/98/D/1629/2007, 10 мая 2010 г.

⁷ *Ibid.*

⁸ Заключительные замечания Комитета ООН по правам человека по Шестому периодическому докладу Германии (CCPR/C/DEU/CO/6, 2 ноября 2012 г.).

которая может привести к их освобождению из-под стражи или сокращению срока их заключения.

78. Комитет ООН против пыток считает, что государство-участнику следует принять все необходимые меры для освобождения лиц, содержащихся в превентивном заключении, сокращения срока его действия и ограничения случаев его применения и также учитывать положения Минимальных стандартных правил Организации Объединенных Наций, касающихся мер, не связанных с лишением свободы (Токийские правила), при разработке альтернативных мер превентивному заключению¹.

79. Еще важнее, что Рабочая группа ООН по произвольным задержаниям пришла к следующему выводу:

«...27. Если заключенный полностью отбыл наказание, назначенное на момент его осуждения, статьи 9 и 15 Международного пакта о гражданских и политических правах и обычное международное право запрещают увеличение срока наказания задним числом. Государства не могут обходить данный запрет, назначая содержание под стражей, эквивалентное тюремному заключению под любым другим названием. Статьи 9 и 15 Пакта и обычное международное право, как это было вновь подтверждено Комитетом ООН по правам человека в его Замечании общего порядка № 35(2014) по статье 9 (свобода и безопасность личности) и в практике Рабочей группы, ясно запрещают введение нового режима превентивного заключения 1998 года, включая положения, которые позволяют продлевать срок содержания под стражей после завершения отбытия наказаний (и другие ограничения в соответствии с внутренним законодательством).

28. Рабочая группа отмечает по-прежнему неудовлетворительную ситуацию, касающуюся того, что определенные режимы содержания под стражей и ограничения личной свободы, которые в соответствии с международным правом считаются наказанием, не считаются таковыми в соответствии с законодательством Германии и что, следовательно, существуют различные гарантии против ретроактивности, включая менее эффективные средства правовой защиты...»².

(ii) Стандарты Совета Европы (§§ 80–83)

80. ЕКПП высказал критику по отношению к расхождению между теорией и практикой превентивного заключения в Германии³. При посещении «блока превентивного заключения» (*Sicherungsverwahrung*) в тюрьме «Берлин-Тегель» в 2005 году ЕКПП пришел к выводу, что «теоре-

тически, по крайней мере, блок предлагал возможности для позитивной среды содержания под стражей»⁴. Однако у делегации ЕКПП сложилось впечатление, что «мероприятия [в блоке] являлись стратегией, чтобы сократить время без какой-либо реальной цели. Как и следовало ожидать, это было связано с неопределенным *Sicherungsverwahrung*. Несколько опрошенных заключенных выразили ясное мнение о том, что они никогда не выйдут на свободу, а один заявил, что единственное, что он может сделать, это подготовиться к смерти»⁵. По данным тюремной администрации, персонал работал в соответствии со специальными критериями, цель которых заключается в освобождении лица из содержания в *Sicherungsverwahrung*. Вместе с тем делегация ЕКПП отметила, что «на практике сотрудники (включая социального работника), как правило, отсутствуют в этом блоке, что сводит контакты между персоналом и заключенными к минимуму»⁶. У делегации сложилось четкое впечатление, что сами сотрудники не имеют ясного представления о том, как подходить к работе с этими заключенными... Психологическая помощь и поддержка оказались там крайне неадекватными»⁷.

81. Во время визита в отдельный блок превентивного заключения тюрьмы «Фрайбург» в 2010 году «делегация ЕКПП отметила, что условия содержания лиц, содержащихся в превентивном заключении, едва ли лучше условий содержания осужденных заключенных... как представляется, общее обязательство проводить различие между этими двумя группами заключенных (*Abstandsgebot*) не было эффективно выполнено»⁸.

82. После посещения нового блока превентивного заключения тюрьмы «Фрайбург» в 2013 году ЕКПП заявил, что «вызывает определенное сожаление тот факт, что весь блок превентивного заключения по-прежнему напоминает тюрьму и что свобода передвижения заключенных в пределах учреждения и доступ в прогулочный двор на открытом воздухе были более ограничены, чем в тюрьме «Диц» (в частности, в выходные дни)»⁹. В социально-терапевтическом Институте «Гогенасперг» делегация получила много жалоб от заключенных на стесненные условия и отсутствие приватности в учреждении. В тюрьме «Фрайбург» руководитель психологической службы указал, что из-за ограниченных

¹ Заключительные замечания Комитета ООН против пыток, CAT/C/DEU/CO/5, 12 декабря 2011 г.

² Доклад Рабочей группы ООН по произвольным задержаниям, приложение, последующая миссия в Германию, A/HRC/30/36/Add.1, 10 июля 2015 г.

³ Особенно прискорбно, что большинство судей не придают докладам ЕКПП такого же значения, какое им придавалось в упоминавшемся выше Постановлении Европейского Суда по делу «М. против Германии», § 129.

⁴ Доклад ЕКПП Правительству Германии о визите ЕКПП в Германию с 20 ноября по 2 декабря 2005 г., CPT/Inf(2007)18 от 18 апреля 2007 г., § 96.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Доклад ЕКПП Правительству Германии о визите ЕКПП в Германию с 20 ноября по 2 декабря 2005 г., § 99.

⁸ Доклад Правительству Германии о посещении Германии ЕКПП с 25 ноября по 7 декабря 2010 г., CPT/Inf(2012)6), § 107.

⁹ Доклад Правительству Германии о посещении Германии ЕКПП с 25 ноября по 2 декабря 2013 г., CPT/Inf(2014)23), § 15.

кадровых ресурсов невозможно организовать индивидуальную терапию на еженедельной основе, что невозможно привлечь к ним лиц, которые не имеют никакой мотивации и не желают заниматься терапевтическими мероприятиями, и что невозможно организовать терапию среды эффективным образом¹. Ситуация представляется еще более тревожной в тюрьме «Диц». В заключение отмечалось: «Визит выявил поразительное несоответствие между теорией и практикой. Из 40 заключенных только 24 получали индивидуальную терапию и только восемь участвовали в групповой терапии... Не может быть сомнений в том, что имеющихся ресурсов мер воздействия на лиц, содержащихся в превентивном заключении в Баден-Вюртемберге и Рейнланд-Пфальце было недостаточно для удовлетворения требований соответствующего федерального законодательства и законодательства земель, а именно для создания системы программ, ориентированных на терапевтические потребности и поощрение индивидуальной свободы и мотивации». Как в отношении тюрьмы «Диц», так и в отношении тюрьмы «Фрайбург», делегация ЕКПП отметила, что «значительное количество заключенных совершенно не мотивированы заниматься какой-либо терапевтической или рекреационной деятельностью, сидят без каких-либо занятий в своих комнатах и месяцами отказываются выходить на свежий воздух»².

83. Что касается вопроса о том, что он назвал «режимное содержание под стражей» (*Sicherungsverwahrung*)³, Комиссар Совета Европы по правам человека призвал к «чрезвычайно внимательному применению режимного содержания под стражей. Альтернативные меры должны быть рассмотрены до того, как будет принято решение о применении режимного содержания под стражей». Он выразил обеспокоенность ростом количества лиц, лишенных свободы в режимном содержании под стражей. Кроме того, Комиссар Совета Европы по правам человека был проинформирован о том, что лица, находящиеся в режимном содержании под стражей, регулярно сталкиваются с утратой веры в будущее и машут на себя рукой. Это, как представляется, требует оказания психологической или психиатрической помощи.

(iii) Стандарты сравнительного права (§§ 84–86)

84. Большинство судей ссылаются на существование и правовую квалификацию «сопоставимых мер в других Договаривающихся Государствах

Конвенции»⁴ в имплицитной ссылке на усмотрение государств при решении данного вопроса. Однако большинство судей не заходят так далеко, чтобы утверждать, что власти Германии имели право на усмотрение в отношении классификации превентивного заключения в качестве наказания. В принципе в этой области права (классификация уголовных правонарушений и наказания) не существует пределов усмотрения, поскольку отступление от статьи 7 Конвенции не допускается⁵.

85. Большинство судей делят опрошенные государства на три группы. Первая группа из 10 государств⁶ разрешает судам принимать меры защиты для заключения лиц, которые в той или иной степени, хотя и не в такой, чтобы исключить их уголовную ответственность, были осуждены за совершение тяжкого преступления и которые, как установлено властями, подвергают риску себя или других лиц. В рамках таких систем, помимо наказания, назначенного за совершенное преступление, могут применяться меры защиты. Во вторую группу входят 16 государств⁷, которые, вынося приговоры таким преступникам, тем не менее, принимают меры, позволяющие отбывать наказание в специализированном психиатрическом учреждении. В третью группу входят пять государств⁸, в которых лица, совершившие преступление, страдая психическим расстройством, требующим обязательного психиатрического лечения, должны лечиться в рамках обычного гражданско-правового режима для душевнобольных. Основное внимание в исследовании уделяется первой группе. Из десяти стран, входящих в первую категорию, шесть⁹ требуют, чтобы решение назначающего наказание суда включало либо постановление о самой превентивной мере, либо возможность принятия данной меры к концу срока тюремного заключения, три¹⁰

⁴ Параграф 210 настоящего Постановления.

⁵ Я сделал это замечание в других отдельных мнениях, например, в § 31 моего мнения, приложенного к Постановлению Европейского Суда по делу «Хамтоху и Аксенчик против Российской Федерации» (*Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*) от 24 января 2017 г., жалобы №№ 60367/08 и 961/11 // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2017. № 3 (примеч. редактора).

⁶ Бельгия, Македония, Нидерланды, Норвегия, Польша, Сербия, Словакия, Соединенное Королевство, Франция и Швейцария.

⁷ Австрия, Азербайджан, Албания, Болгария, Венгрия, Латвия, Лихтенштейн, Люксембург, Португалия, Российская Федерация, Сан-Марино, Словения, Турция, Финляндия, Хорватия и Черногория.

⁸ Армения, Греция, Республика Молдова, Швеция и Эстония.

⁹ См. статью 93 Уголовного кодекса Польши, статью 706–53–13 Уголовно-процессуального кодекса Франции, статью 81 Уголовного кодекса Сербии, статью 43 Уголовного кодекса Норвегии, статью 37 Уголовного кодекса Нидерландов и статьи 63–65 Уголовного кодекса Македонии.

¹⁰ Тремя странами, которые допускают применение мер защиты даже в тех случаях, когда решение назначающего наказа-

¹ Доклад Правительству Германии о посещении Германии ЕКПП с 25 ноября по 2 декабря 2013 г., СРТ/Inf(2014)23, § 17.

² Доклад Правительству Германии о посещении Германии ЕКПП с 25 ноября по 2 декабря 2013 г., § 19.

³ Отчет Томаса Хаммарберга (*Thomas Hammarberg*) о его поездке в Германию с 9 по 11 и с 15 по 20 октября 2006 г., CommDH(2007)14 от 11 июля 2007 г.

разрешают назначение подобной меры после вынесения приговора и до прекращения исполнения приговора, а одна допускает и то, и другое в зависимости от применимого режима¹.

86. Помимо того, что в нем отсутствует подробный анализ правового и юридического контекста исследуемых конкретных внутренних норм, очевидной методологической проблемой опроса, использованного большинством судей, является то, что вопрос исследования «мер... для защиты общества от осужденных преступников с психическим расстройством, которые могут представлять опасность вследствие совершения новых тяжких преступлений после своего освобождения»², является слишком широким. В результате в докладе были охвачены многие меры, которые, как представляется, являются сопоставимыми, но при ближайшем рассмотрении таковыми не являются. Таким образом, из 32 обследованных государств лишь в трех (Бельгии³, Соединенном Королевстве⁴ и Швейцарии⁵) были приняты меры, в определенной степени схожие с применяемыми в Германии. В любом случае европейский консенсус, безусловно, свидетельствует не в пользу ретроспективного превентивного заключения и, безусловно, не в пользу применения такой меры по отношению к несовершеннолетним⁶. Весьма красноречивым является факт того, что «во Франции

ние суда не предусматривало такой возможности, являются страны, в которых режим защиты не меняется в зависимости от того, было ли известно о психическом состоянии обвиняемого во время вынесения приговора или оно было выявлено впоследствии (Бельгия, Соединенное Королевство и Швейцария).

¹ Статья 73 и часть третья статьи 81 Уголовного кодекса Словакии.

² Параграф 98 настоящего Постановления.

³ Закон от 5 мая 2014 г. В Бельгии эта мера может быть назначена после вынесения приговора в рамках специальной процедуры, которая требует двухмесячного периода наблюдения до перехода к стадии, на которой суд может вынести постановление о заключении (статья 6 Закона от 5 мая 2014 г.). Конституционный суд Бельгии указал, что такое заключение может иметь место при соблюдении трех условий: наличие реального и постоянного психического расстройства должно быть доказано, расстройство должно быть такого характера, чтобы оправдать заключение, и заключение должно продолжаться только до тех пор, пока это расстройство сохраняется, с тем, чтобы содержащееся под стражей лицо имело возможность освободиться из-под стражи, как только оно станет здоровым (Постановление от 18 февраля 2016 г., № 22/2016, дела В.3 и В.68.3).

⁴ «Гибридное постановление», введенное Законом о преступлениях (наказаниях) 1997 года.

⁵ Статьи 59 и 64 Уголовного кодекса Швейцарии.

⁶ Christian Bochmann. Freiheitsentzug bei jugendlichen Straftätern in Europa (2008) // Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe. P. 324–329; Heribert Ostendorf, Christian Bochmann. Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei jungen Menschen auf dem internationalen und verfassungsrechtlichen Prüfstand (2007) // Zeitschrift für Rechtspolitik. P. 146–149.

Конституционный совет запретил ретроспективное применение той или иной меры превентивного заключения ввиду ее «ограничивающего свободу характера»⁷.

С. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДАННОГО РАЗДЕЛА (§§ 87–89)

87. В XXI веке судьи Карлсруэ по-прежнему выступают за классическую дуалистическую модель взаимоотношений между международным и внутренним правом. Если модель смягчается принципом дружественности по отношению к международному публичному праву (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) во внутренней правовой системе, то эта дружественность действует в пределах, установленных «основополагающими принципами Конституции» (*tragende Grundsätze der Verfassung*)⁸. Конвенция, как и любой другой международный договор, имеет силу только внутри страны, когда она включена в национальную правовую систему в надлежащей форме и в соответствии с основным конституционным правом и даже подконституционным правом.

88. Несмотря на то, что концепция многополярных отношений проистекает из области гражданского права, с этой конструкцией Федеральный конституционный суд позволил себе сравнивать в других деликатных областях, например в уголовном праве, последствия соблюдения постановлений Европейского Суда в отношении ожидаемых нарушений основных прав общества или потенциальных жертв. Следовательно, даже в тех сферах, в которых абсолютные права правонарушителя должны уважаться, таких как уголовное право, права человека подвергаются испытаниям на равновесие, которые могут вылиться в нечто противоположное тому, что Федеральный конституционный суд первоначально имел в виду в поставленных целях, а именно, что применение Основного закона Германии может привести только к усилению защиты конвенционных прав человека, а не к их ослаблению. Это именно то, что произошло после вынесения Европейским Судом Постановления по делу «М. против Германии». Утверждение Федерального конституционного суда о том, что он правомочен изменять в свете Основного закона Германии различные стоявшие на карте права и интересы после того, как Европейский Суд вынес свое окончательное решение, лишившее лиц, содержащихся в превентив-

⁷ Постановление Конституционного суда Франции от 21 февраля 2008 г. № 2008–562 DC, §§ 9–10, а также Заключительные замечания Комитета ООН по правам человека по докладу, представленному Францией, CCPR/C/FRA/CO/4 от 31 июля 2008 г., § 16.

⁸ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfG) 2 BvR1481/04, § 35.

ном заключении, их конвенционного права на соблюдение принципа *nulla poena sine lege praevia*.

Экспертные органы ООН и Совета Европы выступили с резкой критикой решения проблемы властями Германии даже после эпистемического поворота, совершенного в Постановлении от 4 мая 2011 г. Через два года после этого постановления Федерального конституционного суда, сурово укорявшего «недостатки» и «значительные дефекты»¹ исполнения превентивного заключения в Германии, ЕКПП все-таки пришел к выводу, что в действительности мало что изменилось. Независимо от любых имевших место изменений назначение превентивного заключения, в том числе первичной (статья 66 Уголовного кодекса Германии), отсроченной (статья 66(a) Уголовного кодекса Германии) и ретроспективной (статья 66(b) Уголовного кодекса Германии) версий, после отбытия наказания в виде лишения свободы является нарушением международного обычного права и договорного права. Следовательно, отмена, включая его первичный, отсроченный и ретроспективный варианты, является способом, который должен быть избран законодателем Германии, чтобы соответствовать международному праву. Для отказа от такого пути обычно упоминаются два риска. Риск того, что это может привести к отягчению сроков тюремного заключения, не является оправданием, поскольку ему может быть противопоставлено сочетание альтернативных мер уголовного наказания и социальной терапии. Риск того, что отмена смертной казни приведет к росту числа серьезных преступлений, является не чем иным, как научно необоснованным политическим запугиванием.

89. С точки зрения сравнительного права изоляция Германии является очевидной. Ни одно государство в Европе не предусматривает ретроспективного превентивного заключения для взрослых после отбытия основного наказания, не говоря уже о несовершеннолетних, которые были привлечены к ответственности за свои преступления судом первой инстанции, но считались душевнобольными во время содержания в тюремном заключении и потому опасными. Большинство судей неправильно понимают данный факт. Однако их выводы по делу должны рассматриваться на фоне минималистского понимания Европейским Судом принципа законности и нынешнего скользкого пути, на который Европейский Суд встал в отношении уголовного права.

¹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, §§ 122–128: «Затрагиваемые лица как бы подвергаются неконституционному лишению свободы при полном осознании ситуации» (*Die Betroffenen werden gleichsam «sehenden Auges» einer verfassungswidrigen Freiheitsentziehung unterworfen*).

V. СТРАСБУРГСКИЙ СУД НА СКОЛЬЗКОЙ СТЕЗЕ (§§ 90–128)

A. НОВЫЕ НЕЛИБЕРАЛЬНЫЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ СТАНДАРТЫ (§§ 90–110)

(i) Минималистское понимание принципа законности (§§ 90–94)

90. Прецедентная практика Европейского Суда закрепляет основывающееся в общем праве понимание принципа законности, защищаемого лишь минимальным образом, в том смысле, что уголовное право не должно толковаться произвольным образом. Эта прецедентная практика всё еще далека от более высокого уровня защиты, обеспечиваемого концепцией принципа законности, происходящей из системы континентального права, которая включает гарантии *lex scripta*² (*Gesetzlichkeitsprinzip*), *lex certa*³ (*Bestimmtheitsgebot*), *lex stricta*⁴ (*Analogieverbot*) и *lex praevia*⁵ (*Rückwirkungsverbot*).

91. Под заголовком *lex certa* Европейский Суд имеет дело с требованиями уголовного закона в отношении ясности, предсказуемости и доступности. Как можно увидеть, например, в делах «Коккинакис против Греции»⁶, «Григориадес против Греции»⁷ и «Флинккилаа и другие против Финляндии»⁸, стандарт ясности часто оценивается на момент вынесения приговора в части наказания в рамках критерия законности, содержащегося в статьях 8–11 Конвенции, а не на момент совершения преступления⁹. Требование доступности тщательно изучается только в тех случаях, когда имеются явные признаки обратного, причем доступность предполагается, когда преступление включено в Уголовный кодекс¹⁰. Кроме того,

² *Lex scripta* (лат.) – писанный закон (примеч. переводчика).

³ *Lex certa* (лат.) – надежный, определенный закон (примеч. переводчика).

⁴ *Lex stricta* (лат.) – жесткий закон, запрещающий аналогию (примеч. переводчика).

⁵ *Lex praevia* (лат.) – предшествующий деянию закон, запрет на применение закона задним числом (примеч. переводчика).

⁶ Постановление Европейского Суда по делу «Коккинакис против Греции» (*Kokkinakis v. Greece*) от 25 мая 1993 г., жалоба № 14307/88.

⁷ Постановление Европейского Суда по делу «Григориадес против Греции» (*Grigoriades v. Greece*) от 25 ноября 1997 г., жалоба № 24348/94.

⁸ Постановление Европейского Суда по делу «Флинккилаа и другие против Финляндии» (*Flinkkilä and Others v. Finland*) от 6 апреля 2010 г., жалоба № 25576/04.

⁹ Постановление Европейского Суда по делу «Баскайя и Окчуоглу против Турции» (*Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*) от 8 июля 1999 г., жалобы №№ 23536/94 и 24408/94, § 50.

¹⁰ Постановление Европейского Суда по делу «Корбейли против Венгрии» (*Korbely v. Hungary*) от 19 сентября 2008 г., жалоба № 9174/02, §§ 60, 63 и 75.

прецедентная практика Европейского Суда была довольно нетребовательна к проверке формулировки статутного положения с целью оценки его предсказуемости, часто принимая неясно сформулированные преступления, поскольку оспариваемые статутные понятия являются «общеизвестными и широко понимаемыми»¹. Ограниченный стандарт защиты Европейского Суда еще более ослабляется в результате рассмотрения достаточно последовательно толкуемой прецедентной практикой на момент совершения преступления, которое может удовлетворять требованию предсказуемости в случае неясно сформулированных преступлений² или даже преступлений, преследуемых по общему праву, которые нарушают требование *lex scripta*³. Та же философия была применена к усилению штрафных санкций в соответствии с определенной линией прецедентной практики о последствиях рецидива⁴. Таким образом, признание множественных источников права и прецедентная практика для целей применения требования *lex certa* приводят к правовой неопределенности.

92. Под заголовком *lex stricta* Европейский Суд лишь исключает необоснованные интерпретации. Обычно в этой связи выдвигаются два требования: толкование должно согласовываться с сутью преступления и должно быть разумно предсказуемым⁵. В конечном счете эти два требования пересекаются, поскольку они в результате проверяют разумность толкования внутригосударственных

судов⁶. Следовательно, отсутствует какая-либо дополнительная ценность в различении этих двух требований. Тяжесть совершенного преступления используется в качестве элемента предсказуемости, рассматривая криминализацию некоторых серьезных преступлений как «очевидную»⁷. В конце концов, уровень защиты зависит от конкретного случая и оценивается индивидуально, в зависимости от возможных юридических консультаций, профессионального статуса и технических возможностей обвиняемого⁸. Иными словами, требования *lex stricta* и *lex certa* сочетаются в одном и том же тесте субъективной предсказуемости. Хуже того, данный стандарт допускает теоретическую и практическую догматическую путаницу, поскольку он смешивает вопросы различной природы, а именно принцип законности и принцип вины (*ignorantia legis non excusat*⁹, ошибка закона, *Verbotsirrtum*¹⁰). Эта путаница усугубляется по делу бланкетной общей правовой нормой, которая делает наказуемость уголовного правонарушения зависимой от неуголовных законов и подзаконных правовых норм¹¹.

93. Что касается развития уголовного права в его прецедентной практике, то Европейский Суд использует один и тот же двойной критерий (существа преступления и предсказуемости), но обычно не допускает чрезмерно широкого их толкования¹². Однако в некоторых случаях¹³ Европейский

¹ См. уже отдельное мнение судьи Мартенса по упоминавшемуся выше делу «Коккинакис против Греции». См. также Постановление Европейского Суда по делу «Ашларба против Грузии» (*Ashlarba v. Georgia*) от 15 июля 2014 г., жалоба № 45554/08, §§ 37 и 40; Постановление Европейского Суда по делу «Куолелис, Бартошевичус и Бурокавичус против Литвы» (*Kuolelis, Bartosevicius and Burokevicius v. Lithuania*) от 19 февраля 2008 г., жалоба № 74357/01 и другие жалобы, § 121; упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Григориадес против Греции», §§ 37 и 38.

² См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Коккинакис против Греции», § 40, а также Постановление Европейского Суда по делу «Кантони против Франции» (*Cantoni v. France*) от 11 ноября 1996 г., жалоба № 17862/91, § 35.

³ Постановление Европейского Суда по делу «Даллас против Соединенного Королевства» (*Dallas v. United Kingdom*) от 11 февраля 2016 г., жалоба № 38395/12.

⁴ Постановление Европейского Суда по делу «Ашур против Франции» (*Achour v. France*) от 29 марта 2006 г., жалоба № 67335/01, § 52.

⁵ Например, Постановление Европейского Суда по делу «С.Р. против Соединенного Королевства» (*C.R. v. United Kingdom*) от 22 ноября 1995 г., жалоба № 20190/92, § 41; Постановление Европейского Суда по делу «S.W. против Соединенного Королевства» (*S.W. v. United Kingdom*) от 22 ноября 1995 г., жалоба № 20166/92; Постановление Европейского Суда по делу «Компания Radio France и другие против Франции» (*Radio France and Others v. France*) от 30 марта 2004 г., жалоба № 53984/00, § 20.

⁶ *Ibid.* (Здесь и в следующей сноске так в тексте. По-видимому, имеется в виду одно из упоминавшихся в предыдущей сноске постановлений Европейского Суда (примеч. редактора).).

⁷ *Ibid.* Иногда Европейский Суд ссылается на правонарушения, у которых отсутствует социальная стигматизация (см. мое отдельное мнение, приложенное к Постановлению Европейского Суда по делу «А и В против Норвегии» (*A and V v. Norway*) от 15 ноября 2016 г., жалобы №№ 24130/11 и 29758/11, § 29).

⁸ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Кантони против Франции», § 35.

⁹ *Ignorantia legis non excusat* (лат.) – незнание законов не освобождает от ответственности (примеч. переводчика).

¹⁰ *Verbotsirrtum* (нем.) – ошибка относительно дозволенности действия (примеч. переводчика).

¹¹ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Флинккилаа и другие против Финляндии», § 67. См. мое мнение, приложенное к Постановлению Европейского Суда по делу «Матыцина против Российской Федерации» (*Matysina v. Russia*) от 27 марта 2014 г., жалоба № 58428/10 // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2014. № 4 (примеч. редактора).

¹² Постановление Европейского Суда по делу «Кононов против Латвии» (*Kononov v. Latvia*) от 17 мая 2010 г., жалоба № 36376/04, § 185, и упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Баскайя и Окчуоглу против Турции», §§ 42–43.

¹³ Постановление Европейского Суда по делу «Драготониу и Милитару-Подгорни против Румынии» (*Dragotoniu and Militaru-Pidhorni v. Romania*) от 24 мая 2007 г., жалобы №№ 77193/01 и 77196/01, § 40.

Суд предложил гораздо более ограничительный критерий, а именно ограничительное толкование уголовного закона¹. Между этими двумя критериями Европейский Суд принял постепенное толковательное расширение рамок преступления² и наказания³. Такое же несоответствие может быть установлено в отношении стандарта Европейского Суда, касающегося оценки фактов и национального законодательства в области уголовного права. Если Постановление Европейского Суда по делу «Кононов против Латвии»⁴ показывает более высокую степень проверки, которая, по-видимому, возникает из-за того, что не допускается отступление от рассматриваемого положения, в некоторых делах, таких как «Ходорковский и Лебедев против Российской Федерации»⁵, предполагается гораздо более слабый стандарт для оценки Европейским Судом.

94. Основной защитой Европейским Судом принципа законности является принцип *nullum crimen sine lege praevia*. До тех пор, пока осуждение и наказание формально основаны на правилах, применимых в соответствующее время, не будет установлено какого-либо нарушения статьи 7 Конвенции. Это относится к длящимся правонарушениям⁶. Что касается принципа *nulla poena sine lege praevia*, то Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мактоуф и Дамьянович против Боснии и Герцеговины»⁷ обеспечило повышенную защиту, поскольку сама

возможность назначения какого-либо тяжкого наказания, достаточна, чтобы запретить ретроспективное применение закона, на основе конкретного и глобального определения *lex gravior*⁸. Общественный интерес к защите жертв и общества не оправдывает ретроспективного применения принципа *lex gravior*⁹.

(ii) «Стирание» автономного смысла понятия «наказание» (§§ 95–107)

95. Заявитель утверждал, что ретроспективно назначенное ему превентивное заключение, исполнявшееся на основе постановления Суда земли в г. Регенсбурге от 3 августа 2012 г., с 20 июня 2013 г. и далее в центре превентивного заключения в тюрьме «Штраубинг», нарушило и всё еще нарушает его право не подвергаться наказанию более тяжкому, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения им преступления в июне 1997 года.

96. В соответствии с позицией властей государства-ответчика большинство судей поставили перед собой трудную задачу, утверждая, что помещать человека в центр превентивного заключения после совершения им уголовного правонарушения не является-таки «уголовным наказанием» для целей применения статьи 7 Конвенции. Большинство судей не проводят различия между «характером» и «целью» этой меры и не делают никакого методологического намека на то, как проводить различие между ними, но признают три «цели», преследуемые превентивным заключением заявителя: «карательную»¹⁰, «профилактическую»¹¹ и «терапевтическую»¹². Однако фокус их внимания к условиям заключения выявляет неявную предпосылку о том, что «природа» или «цель» меры определяется тем, как она реализуется на прак-

¹ Постановление Европейского Суда по делу «Копривникар против Словении» (Koprivnikar v. Slovenia) от 24 января 2017 г., жалоба № 67503/13, § 56.

² См. упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «C.R. против Соединенного Королевства», «S.W. против Соединенного Королевства», а также Постановление Европейского Суда по делу «Сорос против Франции» (Soros v. France) от 6 октября 2011 г., жалоба № 50425/06, § 58, и отдельное мнение судей Филлигер, Юджовской и Нуссбергер.

³ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Дель Рио Прада против Испании» (Del Rio Prada v. Spain) от 21 октября 2013 г., жалоба № 2750/09, §§ 112 и 117.

⁴ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Кононов против Латвии», § 198.

⁵ Постановление Европейского Суда по делу «Ходорковский и Лебедев против Российской Федерации» (Khodorkovsky and Lebedev v. Russia) от 25 июля 2013 г., жалобы №№ 11082/06 и 13772/05, § 781 // Российская хроника Европейского Суда. 2015. № 1 (примеч. редактора).

⁶ Постановление Европейского Суда по делу «Веебер против Эстонии (№ 2)» (Veeber v. Estonia) (№ 2), жалоба № 45771/99, ECHR 2003-I, а также Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Рохлена против Чешской Республики» (Rohlena v. Czech Republic) от 27 января 2015 г., жалоба № 59552/08 // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 1 (примеч. редактора).

⁷ См. упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мактоуф и Дамьянович против Боснии и Герцеговины».

⁸ *Ibid.*, а также мое отдельное мнение, § 8. См. также упоминавшееся выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Рохлена против Чешской Республики», § 56.

⁹ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Йендровьяк против Германии», § 48.

¹⁰ В § 236 настоящего Постановления признание большинством судей некоторой степени стирания карательного элемента заключения, несомненно, свидетельствует о сохранении, по их мнению, по крайней мере, хоть какой-то карательной цели.

¹¹ Параграф 227 настоящего Постановления: «Для лиц, содержащихся под стражей в качестве лиц, страдающих психическим расстройством, превентивная цель, преследуемая измененным режимом превентивного заключения, имеет решающее значение».

¹² Параграф 227 настоящего Постановления: «Однако с учетом условий, в которых постановления о превентивном заключении исполняются в соответствии с новым режимом, Европейский Суд удовлетворен тем, что в настоящее время основное внимание уделяется медицинскому лечению и терапии соответствующего лица...».

тике. Фактически они ссылаются на материальные и бытовые условия, предоставляемые лицам, содержащимся в Центре превентивного заключения при тюрьме «Штраубинг»: как они могут выбирать свою собственную одежду, иметь большие камеры, специализированное лечение и т.д. По мнению большинства судей, «профилактические» и «медицинские» цели «стирают» «карательный элемент» меры до такой степени, что она перестает быть наказанием¹. Однако это рассуждение опускает некоторые важные правовые аспекты.

97. Во-первых, «профилактическая» цель не чужда уголовным наказаниям, а тесно связана с ними. Профилактика лежит в основе многих теорий наказания: обычно говорят, что наказание препятствует совершению осужденным большего количества преступлений во время содержания его под стражей (в результате недееспособности или негативной специальной профилактики), а также в дальнейшем (в результате ресоциализации или позитивной специальной профилактики). Точно так же наказание, как говорят, предотвращает преступность в целом посредством сдерживания потенциального правонарушителя (отрицательное общее предупреждение) и сигнализации об исполнении норм (общее положительное предупреждение)². По этой причине «профилактическая» цель «меры ни в коем случае не исключает ее карательного характера. Как Европейский Суд давным-давно высказался по делу «Уелч против Соединенного Королевства», «цели предупреждения и возмещения ущерба согласуются с карательной целью и могут рассматриваться как составные элементы самого понятия “уголовное наказание”»³.

98. Во-вторых, «природа» и «цель» превентивного заключения должны основываться не на условиях заключения, а на правовом акте, который предусмотрел это заключение. Большинство судей игнорируют тот факт, что в правовой системе Германии, как было показано выше, превентивное заключение являлось по существу мерой по выведению из строя «плохих» лиц, а не мерой по лечению «душевнобольных» и поэтому не имела какой-либо конкретной медицинской цели, как сегодня всё еще показывает статья 66(b) Уголовного кодекса Германии.

99. Нельзя утверждать, что «природа» или «цель» наказания могут быть изменены ретроспективно, когда бытовые условия заключения улучшаются. Вводящий в заблуждение характер этой

конструкции становится весьма очевидным, если спросить о точном времени, когда заключение изменило «природу» или «цель»: по мнению большинства судей, после добавления точного числа квадратных метров, когда оно перестает быть наказанием, согласно Постановлению Европейского Суда по делу «М. против Германии»⁴, чтобы стать приемлемым местом терапии? Конечно, этот риторический вопрос может быть усложнен: сколько кухонных аппаратов, отдельных туалетных комнат, телевизоров или бодибилдинговых тренажеров, врачей и медсестер, часов посещений или телефонных звонков должно быть для того, чтобы блок превентивного заключения изменил свою природу, и содержание под стражей в нем изменило свою «цель»? Поскольку условия сильно варьируются от одного центра превентивного заключения к другому⁵, как постановление о превентивном заключении может изменить его природу в зависимости от части страны и конкретного центра, где оно будет реализовано? Может ли одно и то же постановление о превентивном заключении многократно изменять свой характер, если взятое под стражу лицо переходит из «более дружелюбного» центра в другой, менее «дружелюбный» центр, и обратно в первый?

100. Что касается процедур, ведущих к этой мере, то большинство судей признают, что превентивное заключение назначалось судами, принадлежащими к «системе уголовного правосудия»⁶. Однако большинство судей преуменьшают важность этого весьма красноречивого обстоятельства, принимая во внимание мнение «властей Германии о том, что суды, входящие в систему уголовного правосудия, были особенно опытны в оценке необходимости заключения под стражу лиц, страдающих психическим расстройством, которые совершили уголовно наказуемое деяние», и отмечая, что «критерии для назначения превентивного заключения были бы теми же самыми, независимо от того, обладает ли суд по гражданским делам или суд по уголовным делам, которые оба относятся к судам общей юрисдикции, компетенцией назначать эту меру»⁷.

Как отмечают большинство судей, тот факт, что суды по уголовным делам несут ответственность за применение превентивного заключения, является сильным показателем его уголовно-правовой природы. Однако я хотел бы отметить, что я не вижу, как довод властей Германии, касающийся опыта судов по уголовным делам, что-либо сделает в их пользу. Именно уголовные суды по уголовным

¹ Параграф 236 настоящего Постановления.

² См. мое мнение и судьи Туркович (§ 3), приложенное к Постановлению Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хорошенко против Российской Федерации» (Khoroshenko v. Russia) от 30 июня 2015 г., жалоба № 41418/04 // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2015. № 9 (примеч. редактора).

³ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Уелч против Соединенного Королевства», § 30.

⁴ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии».

⁵ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, § 34.

⁶ Параграф 229 настоящего Постановления.

⁷ Параграф 231 настоящего Постановления.

делам имеют опыт оценки умственных способностей обвиняемых с целью вынесения решения об уголовной ответственности, а не с целью предоставления лечения. Во всяком случае опыт судов по уголовным делам должен дополнить квалификацию превентивного заключения как уголовного наказания, а не наоборот.

101. Последним критерием, которым пользуется большинство судей для оценки уголовно-правового характера меры, является ее строгость. С самого начала большинство судей отмечают, что «максимальной продолжительности» меры не существует, но размыывают ее карательный характер, подчеркивая, что она также не имеет минимальной продолжительности, подлежит судебной проверке через относительно короткие промежутки времени и в некоторой степени зависит от «сотрудничества заявителя в осуществлении необходимых терапевтических мер»¹.

102. Показательно, что большинство судей рассматривают тот факт, что мера подлежит периодической судебной проверке законности и обоснованности как некое «смягчающее»² обстоятельство. Если превентивное заключение являлось бы терапевтической мерой, в первую очередь направленной на реабилитацию заключенных, то судебная проверка законности и обоснованности была бы не любезной уступкой им, а частью самой функциональности заключения. Тот факт, что они признают это частью усилий по сокращению его строгости, доказывает, до какой степени даже большинство судей не могут игнорировать его очевидный карательный характер. Кроме того, даже если предположить, что степень приобщения осужденных к той или иной мере определяет степень ее успешности, эта степень не имеет ничего общего с ее природой, целью или строгостью по той простой причине, что может существовать множество причин, обусловленных случайными обстоятельствами, по которым соответствующие лица не исполняют эту меру.

103. На практике суды регулярно приходят к выводу о том, что учреждение предложило надлежащее лечение, но заключенный отказался от этого предложения. Содержащиеся под стражей в разных учреждениях лица в целом³ не находятся в равных условиях с точки зрения доказывания того, было ли лечение недостаточным по вине учреждения, а не по их вине. Согласно эмпири-

ческим данным за период до введения в действие статьи 66(с) Уголовного кодекса Германии учреждения регулярно переключали ответственность на заключенных. Поскольку не существует каких-либо гарантий в отношении бремени доказывания, нельзя исключать, что это всё еще часто имеет место сегодня. В любом случае отсутствие достоверных статистических данных не может быть использовано против заключенных⁴.

104. Таким образом, большинство судей отказываются от автономного значения слова «наказание» в статье 7 Конвенции, более того, они отказываются от принципа автономного толкования Конвенции, который был разработан для того, чтобы избежать попадания Европейского Суда в ловушку сложностей внутрисударственного права и позволить ему нарушить приличия. Интересно, что большинство судей не напомнили соображения об этом, высказанные Европейским Судом по делу «М. против Германии»⁵. В нем Европейский Суд указал, что, хотя «превентивное заключение» и рассматривается в качестве меры безопасности в законодательстве Германии, понятие «наказание» в статье 7 Конвенции является автономным по своему охвату, и поэтому Европейский Суд должен определять, должна ли конкретная мера квалифицироваться в качестве наказания, не будучи связанной квалификацией меры в соответствии с национальным законодательством.

105. В настоящем деле возобладала полностью противоположная позиция. Следуя духу и даже букве постановления Федерального конституционного суда, большинство судей не относят к категории «уголовное наказание» превентивное заключение, назначенное судами по уголовным делам, направленное на продление срока содержания под стражей после отбытия наказания в той же тюрьме на основании доказательств, полученных до окончания срока лишения свободы, и последующее исполнение которых должно было определяться судами, ответственными за исполнение приговора, как это имело место в деле заявителя.

106. Как и в деле «Бергманн против Германии»⁶, большинство судей «преображают» превентивное заключение, стирая автономный смысл понятия «уголовное наказание». Как и в деле «Бергманн против Германии», большинство судей соглашались на компромисс между основополагающим принципом законности наказаний и качеством тюремных условий и, таким образом, понижают уровень

¹ Параграфы 234 и 235 настоящего Постановления.

² Слово, использованное в конце § 235 настоящего Постановления, «смягчена».

³ Я уже упоминал об этом понятии в своем мнении, приложенном к Постановлению Большой Палаты Европейского Суда по делу «Лопеш де Соуза Фернандеш против Португалии» (Lopes de Souza Fernandes v. Portugal) от 19 декабря 2017 г., жалоба № 56080/13 // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018. № 6 (примеч. редактора).

⁴ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, § 93.

⁵ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии».

⁶ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии».

защиты статьи 7 Конвенции до простого торга об условиях исполнения¹.

107. Степень путаницы мотивировок большинства судей может быть воспринята в том, как они смешивают закон и факты и приравнивают вынесение приговора и исполнение наказаний в стержневом § 207 настоящего Постановления. Это правда, что толкование пункта 1 статьи 7 Конвенции, предложенное в самом неудачном § 207 настоящего Постановления, проводится только в «редких случаях», упомянутых в предыдущем пункте. Существует только одно обстоятельство, а именно неудовлетворительное оправдание «довода редкость», используемого здесь большинством судей: они знают, что вступают на неизведанную, опасную территорию в § 207 настоящего Постановления, и хотят, насколько это возможно, ограничить сферу применения предлагаемого толкования и последующий ущерб, причиненный основополагающим принципам современного уголовного права и принципу законности, как мы знали его с тех пор, как Ансельм фон Фейербах² отчеканил в пункте 24 своего труда *«Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts»* 1801 года латинское выражение *nulla poena sine lege*. Ограниченная сфера применения предлагаемого толкования в § 207 настоящего Постановления не умаляет того факта, что в уголовном праве оно представляет собой ересь.

(iii) Размытое толкование понятия «душевнобольной» (§§ 108–110)

108. Прецедентная практика Европейского Суда непоследовательна в отношении понятия «душевнобольной» в подпункте «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Примечательно, что проект закона о терапевтическом заключении под стражу прямо ссылается на прецеденты Европейского Суда и Комиссии по правам человека, такие как Решение Комиссии по правам человека по жалобе «Х. против Германии»³ для того, чтобы утверждать,

¹ Коррадо воспринимает требование дистанции как «ужасный выход из дилеммы, заставляющий разницу... зависеть от градации условий: немного больше денег, немного больше часов посещения, и это будет приемлемое регулирование согласно законодательству Германии, немного меньше, и это будет неприемлемое наказание» (см.: Jörg Kinzig. Op. cit. P. 68, 71–95).

² Фейербах (Feuerbach) Ансельм (14 ноября 1775 – 29 мая 1833) немецкий криминалист, представитель классической школы уголовного права. Он выдвинул ряд прогрессивных принципов уголовного права (например, равенство всех перед законом), разработал юридическую конструкцию вменяемости как основания уголовной ответственности. Обосновал так называемую теорию психического принуждения (психического утешения) как цели наказания, которая нашла отражение в составленном им Баварском уголовном уложении 1813 года (примеч. переводчика).

³ Решение Комиссии по правам человека по делу «Х. против Германии» (X. v. Germany) от 12 июля 1976 г., жалоба № 7493/76, D.R. Volume 6, 182.

что понятие «душевнобольной» включает в себя людей с аномальными чертами личности, не приравненными к психическому заболеванию⁴. В проекте закона также упоминаются Постановления Европейского Суда по делам «Хатчисон Рид против Соединенного Королевства»⁵ и «Морсинк против Нидерландов»⁶ для того, чтобы указать, что уголовная ответственность правонарушителя не исключает возможность его заключения под стражу в порядке подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, что позволит системно и неограниченно долго содержать правонарушителей под стражей независимо от вопроса об их уголовной ответственности и, что еще более важно, несмотря на невозможность их клинического лечения⁷.

⁴ Например, Постановление Европейского Суда по делу «Каллвейт против Германии» (Kallweit v. Germany) от 13 января 2011 г., жалоба № 17792/07, а также Постановление Европейского Суда по делу «Хатчисон Рейд против Соединенного Королевства» (Hutchison Reid v. United Kingdom) от 20 февраля 2003 г., жалоба № 50272/99.

⁵ Ibid.

⁶ Постановление Европейского Суда по делу «Морсинк против Нидерландов» (Morsink v. Netherlands) от 11 мая 2004 г., жалоба № 48865/99.

⁷ Соответствующий текст законопроекта гласит: «*Schon die Menschenrechtskommission hatte unter diesen Begriff auch abnorme Persönlichkeitszüge gefasst, die nicht einer Geisteskrankheit gleichkommen (X. v. Bundesrepublik Deutschland, Entscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission vom 12. Juli 1976, № 7493/76, D.R. Band 6, Seite 182). In einem Urteil aus dem Jahre 2003 stellte der EGMR klar, dass auch ein weiterhin abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten eines verurteilten Straftäters ausreichen kann und betonte, dass eine fehlende Behandelbarkeit im klinischen Sinne nicht zu einer Freilassung zwingt, wenn eine Gefahr für die Allgemeinheit bestehe (Hutchinson Reid v. UK, Urteil des EGMR vom 20. Februar 2003, № 50272/99). 2004 gelangte der EGMR zu der Feststellung, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Straftäters eine (auch) auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK gestützte Unterbringung nicht ausschliesse (Morsink .v. NL, Urteil des EGMR vom 11. Mai 2004, № 48865/99) («Даже Комиссия по правам человека подвела под это понятие аномальные черты личности, которые не эквивалентны душевной болезни (Решение Европейской комиссии по правам человека по делу «Х. против Федеративной Республики Германия» от 12 июля 1976 г., жалоба № 7493/76, D.R. том 6, с. 182). В Постановлении, вынесенном в 2003 году, Европейский Суд установил, что может быть достаточно самого факта наличия являющегося и далее отклоняющегося от нормы агрессивного и серьезного безответственного поведения осужденного за совершение уголовного преступления лица, подчеркнув, что отсутствие возможности для лечения в клинических случаях не является обязательным условием для освобождения, если существует опасность для общества (Постановление Европейского Суда по делу «Хатчинсон Рейд против Соединенного Королевства» от 20 февраля 2003 г., жалоба № 50272/99). В 2004 году Европейский Суд пришел к выводу, что уголовная ответственность совершившего уголовное преступление лица (также) не исключает основывающуюся на втором предложении подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции изоляцию от общества (Постановление Европейского Суда по делу «Морсинк против Нидерландов» от 11 мая 2004 г., жалоба № 48865/99)» (законопроект от 26 октября 2010 г. парламентских фракций правящих партий Bundestags-Drucksache 17/3403, р. 53(f)).*

109. Воспользовавшись этой невозможностью, суды Германии решили, что «психическое расстройство» не должно быть настолько серьезным, чтобы исключать уголовную ответственность (статья 20 Уголовного кодекса Германии) или сокращать ее (статья 21 Уголовного кодекса Германии)¹. Заявитель утверждал, что понятие внутригосударственных судов «психического расстройства» является более широким, чем понятие «душевнобольные», закрепленное в подпункте «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции. Большинство судей в настоящем Постановлении не определились: с одной стороны, они говорят, что понятие «душевнобольные» «может быть более ограничительным», чем понятие «психическое расстройство»², но, с другой стороны, они говорят, что понятие «душевнобольные» не гарантирует наличия психического состояния, которое исключает или даже сокращает уголовную ответственность³. При этой удобной двусмысленности дверь широко открыта для установления «расстройства, которое можно назвать приравненным к подлинному психическому расстройству»⁴, и «лечить» опасных правонарушителей как «психически больных» или «психически ненормальных» лиц и содержать их под стражей до конца их жизни даже на основе режима заключения, который не существовал на момент совершения преступления.

110. В итоге, хотя перечень оснований содержания под стражей в пункте 1 статьи 5 Конвенции должен толковаться узко, большинство судей поступают как раз наоборот: они допускают расширительное толкование подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, что становится удобной уловкой. Способ держать «плохих людей» в заключении, пока они не умрут, состоит в том, чтобы называть их «душевнобольными». Это цена, которую нужно заплатить, чтобы избавиться от защиты статьи 7 Конвенции.

В. ЧРЕЗМЕРНО РЕПРЕССИВНЫЙ ПОДХОД В НАСТОЯЩЕМ ДЕЛЕ (§§ 111–126)

(i) Предвзятое определение «психического заболевания» заявителя (§§ 111–115)

111. Суд первой инстанции решил, что заявитель нес полную уголовную ответственность в момент совершения преступления, несмотря на то, что

имелись определенные элементы, указывающие на начало психического сексуального расстройства⁵. Суд земли в г. Регенсбурге установил, что заявитель в соответствующее время всё еще страдал расстройством на сексуальной почве, а именно сексуальным садизмом, как определено МКЗ-10. Состояние здоровья заявителя приравнивалось к психическому расстройству для целей применения пункта 1 статьи 1 Закона о терапевтическом заключении под стражу.

112. Заявитель утверждал, что он не страдал психическим расстройством⁶. Большинство судей указывают, что суды государства-ответчика обладают «определенными пределами усмотрения в отношении клинических диагнозов по существу»⁷. Однако у данного подхода есть свои пределы⁸. В настоящем деле более половины экспертов считали, что не было установлено, что подсудимый страдал психическим заболеванием: эксперты S. (20 апреля 1999 г.), Z. (6 октября 1999 г.), R. (8 октября 2003 г.), F. (24 ноября 2011 г.)⁹ и МК (27 сентября 2016 г.) пришли к такому выводу, тогда как эксперты O. (16 января 2006 г.), M. (6 января 2006 г.), B. (15 января 2009 г.) и K. (12 декабря 2011 г.)¹⁰ пришли совсем к обратному выводу. Кроме того, тот факт, что контакты с психологом МК. были прекращены центром превентивного заключения в мае 2017 года, поскольку МК не усмотрел признаков «скрытого садистского подтекста» (*larvierte sadistische Grundströmung*)¹¹ в заявителе, вызывает серьезные сомнения в том, насколько был независим диагноз национальных властей. Эти сомнения усугубляются тем фактом, что ни один из заслушанных экспертов не был надлежащим образом квалифицирован для обследования молодого взрослого правонарушителя. Ни эксперт K., ни эксперт F., ни какой-либо другой эксперт не имели квалификации для обследования молодых людей, как того требует законодатель-

Это же прецедентное право было приведено в Постановлении Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 152.

¹ Параграфы 34 и 88 настоящего Постановления.

² Параграф 150 настоящего Постановления, как в Постановлении Европейского Суда по делу «Глиен против Германии» (Glien v. Germany), жалоба № 7345/12, § 87.

³ Параграф 149 настоящего Постановления.

⁴ Параграф 150 настоящего Постановления.

⁵ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 51.

⁶ Параграф 143 настоящего Постановления.

⁷ Параграф 155 настоящего Постановления.

⁸ Сам Федеральный конституционный суд заявляет, что преимущество сомнения должно, однако, быть предоставлено заключенному, когда отсутствуют ясные доказательства его опасности (см. Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, § 111).

⁹ На странице 77–79 экспертного заключения он подтвердил, что сомнительно, чтобы заявитель все еще страдал сексуальным садизмом. На странице 79 эксперт пришел к выводу, что заявитель представляет собой средний риск совершения будущих преступлений.

¹⁰ Это экспертное заключение основывалось исключительно на материалах дела, поскольку заявитель отказался от осмотра экспертом.

¹¹ Приложения №№ 10 и 11 к замечаниям заявителя от 10 августа 2017 г.

ство Германии¹ и конституционная прецедентная практика².

113. Что касается научного качества самого диагноза, то следует отметить, что обоснованность такого диагноза была явно затруднена тем фактом, что предполагаемое психическое заболевание (сексуальный садизм) было установлено через 15 лет после того, как было совершено преступление. Фактически Сенат по уголовным делам Суда земли вынес свое решение 2 августа 2012 г.,³ хотя события дела происходили в 1997 году⁴. Чтобы еще более усложнить ситуацию, следует отметить, что заявитель впервые совершил преступление. Этот фактор просто игнорируется большинством судей, которые ошибочно предполагают, что у заявителя была «судимость»⁵.

114. Клиническое заключение, сделанное лицами, не обладающими необходимыми специальными знаниями о психическом заболевании 19-летнего человека, впервые совершившего преступление, через 15 лет после его совершения, является чисто гадательным занятием в переосмыслении личности. Но настоящее дело выходит за рамки этого. Дело Ильнзеера – это не только шедевр научной мумбо-юмбо, это случай предвзятого осуществления государством карательной власти. Несправедливость не возмещается, когда возмездие настигает возмездителя. Вот именно это случилось с судьей Р.

115. Вывод Суда земли о том, что заявитель «скрыл»⁶ на суде в 1999 году садистские мотивы своего преступления и признал их только в «2005–2006 годах», добавляет еще более тревожную ноту к данному делу. Суд земли не рассматривал возможность того, что ввиду расхождений в причинах его поведения садистские мотивы, которые не были установлены на момент вынесения приговора, мог-

ли быть риторикой, привившейся ему во время его нахождения в тюрьме, ввиду негативного воздействия окружающей среды, в которой он содержался, и явно неадекватного ухода за ним в течение его 10-летнего тюремного срока (вплоть до июля 2008 года) и за пределами этого срока. Вместо этого Суд земли не только предположил, что заявитель обманул двух медицинских экспертов, которые обследовали его в то время, но и предположил, что заявитель был обязан сотрудничать с обвинением. Иными словами, национальные судьи проигнорировали священный принцип *nemo tenetur se ipsum accusare* («Никто не обязан обвинять самого себя») и сделали отрицательные выводы из его якобы несговорчивого поведения.

В этом сценарии, который уже враждебен по отношению к обвиняемому, нарастающие серьезные сомнения в независимости суда первой инстанции становятся определенностью, если рассматривать нечестный, непрофессиональный проступок судьи Р. Предвзятая позиция судьи Р. не только ослабила и без того шаткое с научной точки зрения дело в отношении заявителя, но и окончательно замарала законность постановления о заключении заявителя под стражу. В последующих соображениях данный вопрос будет рассмотрен более подробно.

(ii) Незаконность постановления о заключении заявителя (§§ 116–121)

116. Власти Германии были согласны с тем, что постановление о превентивном заключении было незаконным в отношении периода до 20 июня 2013 г., но утверждали, что то же постановление было законным в отношении последующего заключения. Они утверждали, что мера может потерять ранее имевшийся у нее карательный характер в ходе ее исполнения на основании того же судебного постановления, поскольку было бы «излишне формально требовать нового судебного решения о превентивном заключении заявителя»⁷. Вся суть уголовного закона в его строгой формальности, но власти государства-ответчика предлагают Европейскому Суду забыть эту прописную истину. К сожалению, это именно то, что большинство судей предпочли сделать.

117. Несмотря на тот факт, что Суд земли не назначал в своем постановлении от 3 августа 2012 г. исполнение превентивного заключения заявителя в конкретном учреждении, заявитель 20 июня 2013 г. был переведен в другую тюрьму. Большинство судей столкнулись с таким неловким вопросом: с одной стороны, они должны отделить постановление о превентивном заключении от судимости заявителя за совершение преступления с полной уголовной ответственностью, что-

¹ См. пункт 2 статьи 43 Закона о судах по делам несовершеннолетних во взаимосвязи с пунктом 1 статьи 109 того же Закона.

² Сам Федеральный конституционный суд потребовал «особо опытного эксперта» по делу о такого рода длительном превентивном заключении (см. Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 109, 133, § 114). См. также Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 99, вновь подчеркивающее необходимость представления «особо квалифицированного медицинского заключения» именно в случае конституционной жалобы апелляционному делу заявителя.

³ Параграф 34 настоящего Постановления.

⁴ Параграф 155 настоящего Постановления.

⁵ Параграф 157 настоящего Постановления. Настаивание на «криминальном прошлом» заявителя см. в § 236 настоящего Постановления. Это является достаточным основанием для того, чтобы считать настоящее Постановление ничтожным, поскольку оно основано на ложных фактических утверждениях, оказывающих решающее влияние на выводы. Правило 80 Регламента Европейского Суда предназначено именно для таких серьезных ошибок.

⁶ Параграф 157 настоящего Постановления.

⁷ Параграф 190 настоящего Постановления.

бы оправдать его утверждаемый некарательный характер, но, с другой стороны, они должны соединить то же постановление о превентивном заключении с преступлением, поскольку судимость за преступление является необходимым условием для назначения превентивного заключения в соответствии с внутренним законодательством (пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних).

Подобно властям Германии, большинство судей пытаются найти квадратуру круга, являя чудо «преобразования» характера постановления о превентивном заключении. Постановление о превентивном заключении заявителя описывается для целей применения статьи 5 Конвенции как то, которое было «связано с осуждением заявителя и тем самым “следовало” за ним, поскольку осуждение в уголовном порядке являлось непременным предварительным условием вынесения постановления о превентивном заключении согласно пункту 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних»¹.

Для целей статьи 7 Конвенции связь между постановлением о превентивном заключении и преступлением «не полностью разорвана»². И всё же при этом большинство судей заключают, что «карательный элемент превентивного заключения и его связь с совершенным заявителем преступлением в этих обстоятельствах исчезли до такой степени, что эта мера перестала быть уголовным наказанием»³.

118. Вопрос на тысячу долларов: как может «связь» быть «стертой», но «не полностью разорванной»? Лингвистически неудобный способ, которым большинство судей выражают себя, является лучшим доказательством ошибочной природы подобной линии аргументации. По делу «Бергманн против Германии» разговор шел о «затемнении»⁴ карательного элемента, теперь речь идет о «стирании»⁵ этого элемента. Удивительно, но большинство судей даже признают, что «улучшенные бытовые условия и уход» не изменяют «обычное» превентивное заключение, поскольку они не «устраняют факторы, указывающие на уголовное наказание»⁶.

Выбор этого языка для меня загадка. Я озадачен этим языком, который не находит поддержки ни в современном уголовном праве Германии, ни в каком другом национальном уголовном законодательстве, ни в международном уголовном пра-

ве, но и в самых страшных нацистских прототипах *Täterstrafrecht*⁷, проект *Gemeinschaftsfremdengesetz*⁸, который должен был затмить связь между уголовным правонарушением и наказанием во имя защиты общества, поскольку «средств уголовного права недостаточно, поскольку наказание и меры исправления и профилактики, в том числе превентивное заключение, всегда связаны с конкретными уголовными правонарушениями»⁹.

Лингвистическая возня на этом не заканчивается. Большинство судей прилагают усилия, чтобы избавиться от устоявшегося термина «ретроспективный» для перевода немецкого термина *nachträglich*, чтобы создать впечатление, что предстоящий элемент постановления о назначении превентивного заключения преобладает над ретроспективным¹⁰. Выбор выражения «последующее превентивное заключение» для перевода выражения *nachträgliche Sicherungsverwahrung* является особенно проблематичным, поскольку первое выражение, очевидно, перекрывается с другой модальностью *Sicherungsverwahrung*, а именно *vorbehaltene Sicherungsverwahrung* (отсроченное превентивное заключение), которое применяется на основе последующей оценки потребностей заключенного. Большинство судей не заботятся о том, чтобы различать и противопоставлять эти два понятия¹¹. Одна вещь, однако, определена. Каким бы ни был этот лепет, он не может скрыть тот факт, что *nachträgliche Sicherungsverwahrung* является атакой *post festum* на основы уголовного права, как они были известны и практиковались в течение последних 200 лет, по крайней мере, в демократических режимах.

119. Несмотря на кажущееся терминологическое изменение, большинство судей не могут закрыть глаза на то, что оценка опасности заявителя и профилактических потребностей являет-

⁷ *Täterstrafrecht* (нем.) – уголовное право, основанное на идее о том, что главную опасность представляет преступник, а не совершенное им деяние (примеч. переводчика).

⁸ Проект закона, в котором выделены пять групп лиц *Gemeinschaftsfremden*, а именно: *Versager, Tunichtgute und Schmarotzer, Taugenichtse, Störenfriede u gemeinschaftfeindliche Verbrecher und Neigungsverbrecher*, в силу не вступил. *Hang- und Neigungsverbrecher* были именно те, которые уже стали мишенью превентивного заключения.

⁹ См.: *Begründung des Entwurfs eines Gemeinschaftsfremdengesetzes // Schumann, Wapler. Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren, Entwicklungen und Diskussionen im Jugendrecht im 20. Jahrhundert*, 2017. P. 113, сноска 164.

¹⁰ Параграф 157 настоящего Постановления.

¹¹ Решение Европейского Суда по делу «Мюллер против Германии» (*Müller v. Germany*) от 10 февраля 2015 г., жалоба № 264/13, §§ 20, 40, 60 и 61, в котором Европейский Суд различает ретроспективное и последующее превентивное заключение. Используя то же самое слово «последующий» для *nachträgliche*, большинство судей положили конец этому лингвистическому различию.

¹ Параграф 215 настоящего Постановления.

² Параграф 227 настоящего Постановления.

³ Параграф 236 настоящего Постановления, который копирует доводы властей государства-ответчика, см. § 195.

⁴ См. упоминавшиеся выше Постановления Европейского Суда по делам «Бергманн против Германии», §§ 175, 181 и 182, и «Ильнзеер против Германии», § 81.

⁵ Параграф 236 настоящего Постановления.

⁶ Параграф 228 настоящего Постановления.

ся «ретроспективной»¹. Превентивное заключение нельзя судить в отрыве от правовой нормы, которая была положена в основу решения суда. В соответствии с законодательством Германии лишение свободы может быть принято только на основании письменного закона и только судьей (статья 104 Основного закона Германии). Таким образом, причины, указанные в постановлении о лишении свободы, имеют первостепенное значение. Кроме того, о законности назначенной меры нельзя судить в отрыве от времени, ранее проведенного под стражей. Как указано в части второй статьи 66(с) Уголовного кодекса Германии, нет строгого разделения между отбыванием тюремного срока и превентивного заключения, и поэтому любые предыдущие периоды заключения осужденного лица являются неотъемлемой частью последующей меры. Европейский Суд сам по делу «М. против Германии» установил связь между 10-летним заключением и осуждением в уголовном порядке².

120. Совершение преступления, за которое заявитель был признан виновным, является правовым основанием для его наказания и для ретроспективной оценки его опасности, и в этом смысле постановление о превентивном заключении является карательной мерой, той же правовой мерой, которую власти государства-ответчика считают незаконной. Я думаю, что большинство судей преуменьшают важность этого единственного вывода.

Если по настоящему делу не было бы вынесено обвинительного приговора, то Европейский Суд, скорее всего, объявил бы жалобу по статье 7 Конвенции неприемлемой для рассмотрения по существу, и его анализ был бы ограничен статьей 5 Конвенции. Ретроспективное превентивное заключение в данном случае применимо только к лицам, которые совершили уголовное правонарушение и которые, как было установлено, несли бы уголовную ответственность за это, «предварительное условие», по терминологии большинства судей. Однако государственная принудительная мера, которая имеет совершение уголовного правонарушения в качестве «предварительного условия», может быть только уголовным наказанием. Не только для превентивного заключения требуется осуждение в уголовном порядке, но и совершенные преступления должны быть определенного рода и тяжести. Согласно Закону о судах по делам несовершеннолетних постановления о превентивном заключении могут быть направлены только против лиц, приговоренных к тюремному заключению на срок не менее семи лет за преступление против жизни, физической неприкосновенности или насильственных действий сексуального характера или за некоторые другие конкретные

преступления³. Действительно, это говорит о том, что большинство судей сочли статью 7 Конвенции применимой к настоящему делу, а жалобу по нему приемлемой для рассмотрения по существу. Если превентивное заключение заявителя не являлось бы наказанием по смыслу статьи 7 Конвенции, его ретроактивность не являлась бы вопросом, подлежащим рассмотрению в свете статьи 7 Конвенции, и жалоба по ней была бы признана неприемлемой для рассмотрения по существу. Если они были бы последовательными, то большинству судей пришлось бы признать жалобу в соответствии со статьей 7 Конвенции неприемлемой для рассмотрения по существу. Как только Европейский Суд признает, что превентивное заключение заявителя является уголовным наказанием, ретроактивность становится слишком очевидной, и ее невозможно игнорировать. Большинство судей рассуждают неловко: они считают жалобу в соответствии со статьей 7 Конвенции приемлемой для рассмотрения по существу, но, тем не менее, приходят к выводу, что превентивное заключение заявителя не является уголовным наказанием. Более чем осуждая эту явную логическую ошибку, которая, возможно, повлияла на оценку приемлемости жалобы по статье 7 Конвенции для рассмотрения по существу, я хотел бы заявить очевидное: в подобном случае вывод о нарушении статьи 7 Конвенции неизбежно следует за выводом о приемлемости жалобы для рассмотрения по существу.

121. Постановление о превентивном заключении дополнительно запятнано продолжающейся незаконностью, возникшей в результате отсутствия независимости судьи Р. Вопрос об отсутствии судебной беспристрастности не возникает, когда судья уже принял чисто формальные и процессуальные решения на других стадиях разбирательства⁴. Серьезные проблемы с беспристрастностью могут возникнуть, если на других стадиях

³ Пункт 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних (см. §§ 54–60 настоящего Постановления).

⁴ Сам по себе тот факт, что судья, ведущий судебное разбирательство, вынес предыдущие решения по одному и тому же преступлению, не может служить оправданием для опасений в отношении его беспристрастности (например, Решение Европейского Суда по делу «Ромеро Мартин против Испании» (*Romero Martin v. Spain*) от 12 июня 2006 г., жалоба № 32045/03 относительно досудебных решений; Постановление Европейского Суда по делу «Рингейзен против Австрии» (*Ringeisen v. Austria*) от 16 июля 1971 г., Series A, № 13, п. 40, § 97, касательно ситуации судей, которым дело было передано после отмены или отмены решения вышестоящей судебной инстанцией; Постановление Европейского Суда по делу «Томанн против Швейцарии» (*Thomann v. Switzerland*) от 10 июня 1996 г., *Reports* 1996-III, п. 815–816, §§ 35–36 о новом рассмотрении дела обвиняемого, осужденного заочно; Решение Европейского Суда по делу «Кракси III против Италии» (*Craxi III v. Italy*) от 14 июня 2001 г., жалоба № 63226/00, в отношении ситуации судей, участвовавших в разбирательствах в отношении соучастников преступлений).

¹ Параграф 105 настоящего Постановления.

² См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «М. против Германии», § 100.

разбирательства судья уже высказался по поводу поведения, вины или опасности подсудимого¹. В настоящем деле минимум, что судья Р. должен был сделать в 2012 году, выйти из состава коллегии суда ввиду того, что он высказался и как член Суда земли и, что еще хуже, в неудачной ремарке для адвокатов заявителя 22 июня 2009 г., после вынесения постановления о превентивном заключении и до того, как оно вступило в законную силу. Содержание этого высказывания не было нейтральным: оно относилось к личности и опасности заявителя. На мой взгляд, просто немыслимо, чтобы тот же судья, который сделал такое неуместное, непрофессиональное, предвзятое замечание о личности и будущем поведении заявителя, мог стать членом коллегии суда, назначающего ретроспективное заключение заявителя заново 3 августа 2012 г. Эти действия пятнают законность постановления о превентивном заключении и потому всего превентивного заключения.

(iii) «Особая жертва» превентивного заключения заявителя (§§ 122–126)

122. Заявитель был приговорен к 10-летнему тюремному сроку 29 октября 1999 г., и он закончил отбывать наказание 17 июля 2008 г.² После того, как его поместили во временное превентивное заключение в тот же день, было вынесено ретроспективное постановление о его превентивном заключении согласно подпункту 1 пункта 2 статьи 7 Закона о судах по делам несовершеннолетних от 22 июня 2009 г. Заявитель 6 мая 2011 г. был снова помещен во временное превентивное заключение после отмены предыдущего ретроспективного постановления о превентивном заключении. 3 августа 2012 г. в отношении него было вынесено ретроспективное постановление о превентивном заключении, которое сегодня всё еще остается в силе³.

123. Заявитель жаловался не только на качество лечения, предоставляемого в новом центре содержания под стражей, на наличие терапевтического персонала, разделение с точки зрения организации между тюрьмой «Штраубинг» и ее центром превентивного заключения, но и на то, что это последнее учреждение было занято большинством лиц, не страдающих психическими расстройствами⁴. Без какого-либо учета упомянутых выше критических оценок ЕКПП аналогичных центров содержания под стражей, а также объективной оценки центра превентивного заключения при тюрьме

«Штраубинг» большинство судей свято верят властям государства-ответчика. Они поддерживают их в оценке ситуации на местах. Иными словами, Европейский Суд разбавляет автономное значение концепции «наказание» по смыслу статьи 7 Конвенции на основе непроверенной правительственной информации о функционировании внутригосударственной системы превентивного заключения и конкретного центра, в котором содержится заявитель⁵. Данный выбор тем более неприемлем в свете международного и общеевропейского консенсуса относительно ретроспективного превентивного заключения, как показано выше.

124. Факты настоящего конкретного дела впечатляют в этом отношении, поскольку в течение первого периода он не получал никакой медицинской помощи⁶. Действительно, большинство судей признают, что «Суд земли... только *общим образом* назначил ему превентивное заключение» (курсив мой. – П.П.А.), и поэтому то же постановление о превентивном заключении распространялось на содержание заявителя в тюрьме «Штраубинг» сначала и в новом центре превентивного заключения при тюрьме «Штраубинг» позже⁷. Это определение «*общим образом*» должно было ужаснуть большинство судей, а не подвигнуть их проявить снисходительность к Суду земли. То, что Суд земли назначил превентивное заключение в общих чертах, показывает, что терапевтическая цель такого содержания под стражей была, в конечном счете, нерелевантной: пока заявитель действительно находился в заключении, терапевтические меры были декорацией.

В этом отношении имеет место огромная разница между настоящим делом и делом «Бергманн против Германии». В последнем деле заявитель являлся рецидивистом, который был определен судом первой инстанции как лицо, страдавшее психическим заболеванием уже в момент совершения преступления, и он уже был переведен во вновь построенные учреждения для соответствующих преступников с отклонениями психического здоровья, когда продолжение превентивного заключения было назначено в соответствии с усло-

¹ *Mutatis mutandis*, Постановление Европейского Суда по делу «Гомес де Лианьо и Ботелля против Испании» (*Gómez de Liaño y Botella v. Spain*) от 22 июля 2008 г., жалоба № 21369/04, §§ 67–72.

² Параграф 13 настоящего Постановления.

³ Параграфы 32 и 42 настоящего Постановления.

⁴ Параграфы 166 и 181 настоящего Постановления.

⁵ Было бы полезно изучить замечательную эмпирическую работу, сделанную Акселем Дессекером: *Empirische Erkenntnisse zur Entwicklung der Sicherungsverwahrung: Bestandsaufnahme und neue Daten* // Johannes Kaspar (ed.). *Sicherungsverwahrung 2.0*, Baden-Baden: Nomos, 2017. P. 11–34; *Nicole Ansoerge. Bericht über die 5. Erhebung zur länderübergreifenden Bestandsaufnahme der Situation des Vollzugs der Sicherungsverwahrung*, Hannover, Niedersächsisches Justizministerium, 2014; *Jutta Elz. Rückwirkungsverbot und Sicherungsverwahrung. Rechtliche und praktische Konsequenzen aus dem Kammerurteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall M.* // Deutschland, Wiesbaden, 2014; *Tillmann Bartsch. Sicherungsverwahrung: Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Baden-Baden, 2010.

⁶ Параграфы 44 и 45 настоящего Постановления.

⁷ Параграф 216 настоящего Постановления.

виями, изложенными во втором предложении пункта 2 статьи 316(f) из Закона о введении в силу Уголовного кодекса Германии¹. Напротив, в настоящем деле заявитель впервые совершил правонарушение, действовал с полной ответственностью на момент совершения преступления, содержался под стражей во время вынесения приговора Судом земли (3 августа 2012 г.) в условиях, не соответствующих Конвенции, и был переведен в новый центр превентивного заключения только через два года.

125. Чтобы доказать преобразование *Sicherungsverwahrung* по делу заявителя во что-то иное, чем «уголовное наказание», большинство судей сослались на существование медицинского и терапевтического лечения в соответствии с индивидуальным планом лечения, даже если он не принял это предложение². Основной аргумент большинства судей заключается в том, что лечение теперь «лежит в основе этой формы заключения»³. Чтобы быть предельно ясным: данный аргумент не может быть использован для проведения различия между постановлением о превентивном заключении и тюремным заключением по той простой и прозаической причине, о которой уже говорилось выше, что последнее должно быть также направлено на лечение на основе индивидуального плана лечения в соответствии с Европейскими пенитенциарными правилами⁴ и международными тюремными стандартами⁵, которые уже были включены в прецедентную практику Европейского Суда по применению статьи 3 Конвенции⁶.

¹ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Бергманн против Германии», §§ 14 и 34.

² Параграфы 47, 81 и 221 настоящего Постановления.

³ Параграф 223 настоящего Постановления.

⁴ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства», § 77, упоминающее «планы назначения наказаний» в правиле 103 Европейских пенитенциарных правил.

⁵ См. упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства», § 79, со ссылкой на правила 24 и 62 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными Организации Объединенных Наций (1957 года), касающихся лечения любых физических или психических дефектов, которые могут препятствовать реабилитации.

⁶ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мюррей против Нидерландов» (*Murray v. Netherlands*) от 26 апреля 2016 г., жалоба № 10511/10 // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 8 (примеч. редактора). См. также мое отдельное мнение, приложенное к Постановлению по этому делу, равно как и отдельное мнение, приложенное к Постановлению Европейского Суда по делу «Тауткус против Литвы» (*Tautkus v. Lithuania*) от 27 ноября 2011 г., жалоба № 29474/09, а также мое совместное мнение с судьей Туркович, приложенное к упоминавшемуся выше Постановлению Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хорошенко против Российской Федерации».

126. В конечном счете, большинство судей игнорируют строгость назначенной меры как сам по себе решающий фактор⁷, противореча их ориентированной на факты оценки условий заключения. Примечательно, что в настоящем Постановлении, которое призвано защищать «терапевтический» характер принудительной меры, нет упоминания о конкретных выгодах, которые заявитель получил и получает в центре превентивного заключения при тюрьме «Штраубинг». Если большинство судей и впрямь верят в то, что превентивное заключение в настоящем деле действительно является главным образом терапевтической мерой, то можно было бы ожидать, что они прокомментируют, по крайней мере, до некоторой степени, то, как его преимущества компенсируют его недостатки.

Для большинства судей тот факт, что 19-летний правонарушитель, впервые совершивший преступление, до сих пор находится в заключении, завершив отбытие своего наказания 17 июля 2008 г., кажется не такой уж большой жертвой. Они также не впечатлены тем обстоятельством, что заявителю было 35 лет на момент вынесения постановления о превентивном заключении и что поэтому данное потенциально пожизненное заключение может быть дольше, чем для других преступников, содержащихся в аналогичном заключении. Но в этом нет ничего нового: Федеральный конституционный суд сам признал, по собственной конституционной жалобе заявителя, что превентивное заключение было «крайне серьезным» (*äußerst schwerwiegend*) посягательством на основное право на свободу, налагающим на тех, кто отобран, «особую жертву» (*Sonderopfer*)⁸ в интересах общества. Действительно, заявитель находился в ретроспективном превентивном заключении (а ранее во временном превентивном заключении) 10 лет как «козел отпущения», чтобы утолить карательные инстинкты общества.

С. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДАННОГО РАЗДЕЛА (§§ 127–128)

127. Понимание Европейским Судом принципа законности было минималистским, основанным на тесте субъективной предсказуемости. Требования *lex certa* и *lex stricta* в соответствии со статьей 7 Конвенции предусматривают ограниченную защиту обвиняемых лиц. Почтительный подход Европейского Суда к внутрисударственным судам по уголовным делам оставляет широкие возможности для репрессивного, зависящего от конкретного дела применения принципа законности. До сих пор единственной эффективной сферой

⁷ Параграф 234 настоящего Постановления.

⁸ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, § 101.

защиты было требование *lex praevia*. Похоже, что это уже не так.

Ретроспективная конверсия ограниченной во времени карательной меры безопасности в потенциально пожизненную псевдомедицинскую меру заключения, назначаемую в отношении осужденных правонарушителей с *ex nunc* установленными «психическими расстройствами», является исторически и догматически необоснованной, скажем, неправильным толкованием, которое не только выходит за пределы природы и цели назначения меры превентивного заключения, но обходит запрет *nulla poena sine lege praevia*, гарантированный в государстве, основанном на верховенстве права. Пряча свой неоспоримый моральный авторитет за политическим выбором, сделанным законодателем в Законе о лечении и содержании под стражей психически неуравновешенных насильственных правонарушителей¹, Федеральный конституционный суд выступил в качестве посредника политического большинства судей², а не гаранта фундаментальных прав Основного закона Германии, читаемых в дружественной для международного публичного права манере³. Соглашаясь со стратегией очевидного соблюдения конвенционных гарантий, в то время как по существу отходя от основной идеи Европейского Суда, что *Sicherungsverwahrte* имеют конвенционные гарантии на *nulla poena sine lege praevia*, Суд Карлсруэ решил схематически присоединиться к Берлину, а не к Страсбургу.

128. Федеральный конституционный суд решил адаптировать внутригосударственное законодательство в какой-то степени к подпункту «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции путем толкования содержания под стражей осужденных лиц с предположительными «психическими расстройствами». Однако это толкование было применено только к историческим случаям превентивного заключения, приводя их к намеченному результату: содержанию под стражей избранных заключенных. Судьи Карлсруэ не применяли это толкование к будущим делам. В последнем случае Федеральный конституционный суд только налагал требование о соблюдении различия, но не связывал его с необ-

ходимостью наличия психического расстройства. Именно по этой причине, как утверждал заявитель, только меньшинство лиц, находившихся в превентивном заключении в новом центре при тюрьме «Штраубинг», содержались как пациенты с проблемами психического здоровья. Поскольку критерии отнесения этих учреждений к категории учреждений для душевнобольных лиц соответствуют юридическим, а не медицинским категориям, более чем понятно, являются ли эти учреждения на самом деле психиатрическими. Одно и то же учреждение не может быть одновременно психиатрическим для одних лиц и не быть психиатрическим для других. Если для большинства лиц, содержащихся в подобном учреждении, нецелесообразно использовать его в качестве учреждения для душевнобольных лиц, то необходимо будет установить, может ли оно быть и является ли фактически психиатрическим учреждением для меньшинства лиц. Напротив, если данное учреждение являлось бы психиатрическим, возникла бы настоятельная необходимость оправдать заключение пациентов, не страдающих психическим расстройством («обычных» *Sicherungsverwahrten*), в эту среду, поскольку данных пациентов нецелесообразно лечить так же, как если бы у них были проблемы с психическим здоровьем. Власти Германии не удовлетворили эту потребность в настоящем деле.

VI. ОКОНЧАТЕЛЬНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ (§§ 129–130)

129. Настоящее дело напомнило мне об одном дне в 1995 году во Фрайбурге-им-Брайсгау. Беседуя с Гансом-Генрихом Йешеком о возрождении *Feindstrafrecht*⁴, он признался, что больше всего в Европе он боится злоупотребления уголовным правом бездумным политическим большинством без возражений со стороны судов-соучастников. Он сожалеет, что Европа не извлекла уроков из Истории.

130. Неудивительно, что политики играют в свои игры на самом краю уважения к Конвенции или даже за ее пределами, сопротивляются конвенционным ценностям и постановлениям Европейского Суда и в полемических, если не откровенно демагогических целях, добиваются политической поддержки того или иного электората. Если права человека имеют основную цель, то именно они должны быть «козырными картами», которые защищают основные права людей от репрессивных действий опрометчивого большинства. Особенно это касается дел легко устранимых меньшинств, таких как заключенные или мигранты. Политики, которые порождаются этим

¹ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 128, 326, §§ 130 и 173. Правда, выходя за рамки требований этого дела, Федеральный конституционный суд дал «зеленый свет» политическому выбору, сделанному законодателем в Законе о терапевтическом заключении под стражу 2011 года. Позднее это ожидаемое одобрение указанного закона было подтверждено Постановлением Федерального конституционного суда от 11 июля 2013 г. (BVerfG) 2 BvR2302/11, 2 BvR1279/12 (Второй Сенат).

² Это представление исходит от Майкла Бока и Себастьяна Соботы: *Sicherungsverwahrung: Das Bundesverfassungsgericht als Erfüllungsgehilfe eines gehetzten Gesetzgebers?* (2012) // *Neue Kriminalpolitik*. P. 106.

³ Постановление Федерального конституционного суда (BVerfGE) 111, 307, § 33.

⁴ См. упоминавшуюся выше мою работу: *Ein unausrottbares Missverständnis, Bemerkungen zum strafrechtlichen Schuld-begriff von Jakobs* (1998) // 110 *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*.

большинством, должны соблюдать международные права человека в целом и Конвенцию, в частности, поскольку каждое государственное должностное лицо связано правом в сфере защиты прав человека, и Конвенция способствует содействию «совместному европейскому развитию основных прав» (*gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung*). Речь идет, конечно, о членах парламента, которые приняли положения, которые позволяют ретроспективное превентивное заключение и одобрили позорный закон *intuitu persona*¹, чтобы держать Ильнзеера навсегда в заключении.

Что действительно обескураживает, так это то, что конституционные и верховные суды по всей Европе также сопротивляются применению ценностей Конвенции и постановлений Европейского Суда и переносят свою роль с гарантов верховенства права на содействие осуществлению власти политиками². Мы видели, как это происходит в других странах Европы, где понятливые судьи

подчиняют юриспруденцию позиции политического большинства. К сожалению, теперь настала очередь Федерального конституционного суда и его бесстыдно неверного прочтения Постановления Европейского Суда по делу «М. против Германии» и его продолжения в смысле неприменимости принципа *nulla poena sine lege praevia* к превентивному заключению. Своим механическим одобрением позиции Суда Карлсруэ, противоречащей предельно ясным и устоявшимся стандартам обычного международного и договорного права и консенсусу, царящему в сравнительном праве, Европейский Суд делает еще один шаг в сторону правовой периферии в Европе. Придя к выводу, что назначенное превентивное заключение являлось ретроспективным «наказанием» в нарушение статьи 7 и пункта 1 статьи 5 Конвенции, я призываю признать центральную роль Европейского Суда в деле защиты современных принципов уголовного права и защиты прав человека в Европе.

¹ *Intuit persona* (лат.) – (здесь) персональное качество (примеч. переводчика).

² *Michael Bock and Sebastian Sobota*. Op. cit.