

УДК 343.1; 343.131.5; 343.132.4; 343.144.3  
DOI 10.17150/2500-4255.2019.13(2).322-331

## ОТКАЗ ОТ ПРАВА (УТРАТА ПРАВА) НА ВСТРЕЧНЫЙ ОПРОС ПОСРЕДСТВОМ СОВЕРШЕНИЯ ПРОТИВОПРАВНОГО ДЕЯНИЯ (FORFEITURE BY WRONGDOING)

**А.С. Гамбарян**

*Российско-Армянский университет, г. Ереван, Республика Армения*

### **Информация о статье**

Дата поступления

9 января 2018 г.

Дата принятия в печать

8 апреля 2019 г.

Дата онлайн-размещения

26 апреля 2019 г.

### **Ключевые слова**

Очная ставка; встречный опрос;  
отказ от права; утрата права;  
противоправное деяние

**Аннотация.** В статье рассматривается ряд теоретических вопросов отказа от права, в частности понятие и виды отказа от права на встречный опрос. Автор раскрывает соотношение понятий «отказ от права» и «утрата права» и указывает, что, совершая противоправное деяние, лицо отказывается от права на встречный опрос, препятствуя при этом естественному ходу судебных заседаний, посредством совершения противоправного воздействия на участников процесса, уклонения от уголовного производства или самовольного оставления зала судебных заседаний. Подсудимый при воспрепятствовании естественному ходу судебных заседаний предупреждается о возможности его удаления из зала судебных заседаний в случае продолжения противоправного поведения. Если в ходе судебного заседания он продолжает совершать противоправные деяния, то этим он фактически отказывается от права на участие в судебных заседаниях и от права на встречный опрос (утрачивает эти права). В статье отмечается, что на практике встречаются случаи, когда в отношении уклоняющегося от следствия обвиняемого на долгие годы объявляется розыск или же лицо в целях уклонения от следствия уезжает в другое государство, в результате чего в дальнейшем лишается возможности допросить свидетелей, давших против него показания, так как эти свидетели недоступны, например умерли или находятся в государстве места совершения преступления. В качестве отказа от права на встречный опрос автор рассматривает также ситуации, когда обвиняемый в ходе судебного разбирательства самовольно покидает зал судебных заседаний. В этом случае обвиняемый не настаивает на своем праве и отказывается от этих конституционных привилегий, так как ему было предоставлено право на встречный опрос, но он не захотел воспользоваться им и встретиться со свидетелями, давшими против него показания.

## WAIVER OF THE RIGHT (LOSS OF THE RIGHT) TO A CONFRONTATION BY COMMITTING AN UNLAWFUL ACT (FORFEITURE BY WRONGDOING)

**Artur S. Ghambaryan**

*Russian-Armenian University, Yerevan, the Republic of Armenia*

### **Article info**

Received

2018 January 9

Accepted

2019 April 8

Available online

2019 April 26

### **Keywords**

Confrontation; counter questioning;  
waiver of the right; loss of the right;  
wrongdoing

**Abstract.** The article deals with a number of theoretical issues of the waiver, in particular, the concept and types of waiver of the right to a confrontation. The author shows the correlation between the concepts «waiver of the right» and «loss of the right» and points out that when a person commits an unlawful act, he waives the right to a confrontation and hinders the normal course of court hearings through the unlawful influence on trial participants, evasion from proceedings or unauthorized leaving of a courtroom. If the defendant impedes the natural progress of court hearings, he is warned about the possibility of being removed from the courtroom if the unlawful conduct does not stop. If he continues to commit unlawful acts during the court session, then he in fact waives his right to participate in the court hearing and the right to a confrontation (loses these rights). The author points out that in practice there are cases when the accused person evades the investigation and stays on the wanted list for years or when a person leaves for another country to evade the investigation and, as a result, is deprived of an opportunity to interrogate the witnesses who testified against him because these witnesses are no longer available, for example, they have died, or are in the country where the crime was committed. The author also considers the situations when the accused leaves the court hearing with-

out authorization as a waiver of the right to confrontation. In this case the accused does not insist on his right and waives these constitutional privileges because he was given a right to confrontation but chose not to use it and not to meet the witnesses who have testified against him.

Согласно ст. 67 Конституции Республики Армения, каждый обвиняемый в преступлении имеет право на опрос лиц, дающих показания против него, либо на то, чтобы эти лица были опрошены, а также на то, чтобы лица, дающие показания в его пользу, были вызваны и допрошены на тех же условиях, что и лица, дающие показания против него. Кассационный суд Республики Армения отметил, что доказательство, не обеспеченное правом на встречный опрос, не может быть положено в основу обвинительного приговора суда. Одновременно этот запрет не носит абсолютного характера. В частности, тот факт, что в основу обвинительного приговора положены показания свидетеля, не обеспеченные правом на встречный опрос, еще не влечет за собой нарушение права на справедливое судебное разбирательство, если отсутствие свидетеля было оправдано и если это доказательство не имело решающего значения в массе доказательств, подтверждающих вину лица<sup>1</sup>.

Европейский суд по правам человека указал, что если на какой-нибудь стадии процесса обвиняемому не была предоставлена возможность задавать вопросы лицу, давшему показания против него, то он лишается права на справедливое судебное разбирательство<sup>2</sup>. Осуждение лица не может полностью или в решающей степени основываться на данных, сообщенных таким лицом, задавать вопросы которому сторона защиты не имела возможности<sup>3</sup>.

До рассмотрения вопроса отказа от права на встречный опрос путем совершения противоправного деяния необходимо обсудить несколько теоретических вопросов, касающихся отказа от права в целом. Понятие «отказ от права» в разных правовых системах воспринимается по-разному. В российской литературе отказ от субъективного права именуется юридическим

отказом, который является право-техническим методом правового регулирования, одним из веских элементов правотворческого и правоприменительного процесса. Как метод правового регулирования он дает лицу возможность осуществлять свою свободу [1, с. 73].

В германской доктрине различают отказ от права в узком смысле — отказ от гражданских субъективных прав и в широком смысле — отказ от любой юридически обеспеченной возможности, будь то субъективное право, правомочие, преимущество, льгота, применимое процедурное правило или иное правовое явление. Последний вариант (отказ от права в широком смысле) используется повсеместно — как в частном праве, так и в публичном [2, с. 102–103]. Отдельные германские государствоведы под отказом от права понимают согласие носителя основного права на то, чтобы государство воздействовало на блага, защищенные его основными правами, таким образом, чтобы это воздействие не было отныне запрещенным (например, дать согласие на инъекцию, допустить проведение обыска квартиры и иные подобные случаи) [3, с. 63].

В американской правовой системе вопросы отказа от права активно обсуждаются, однако оно наиболее развито в науке уголовного процесса [4–7]. В американской юриспруденции отказ от права в целом характеризуется как добровольный и намеренный отказ от права, преимущества, прибыли, требования или прерогативы [8].

Французский юрист П. Сандевуар отмечает, что права могут в равной степени утрачиваться не только в результате небрежности или бездеятельности их обладателей, но и согласно ясно выраженной воле. В этом случае речь идет об отказах, которыми активный субъект права по собственному желанию отвергает предоставленные ему преимущества: вещные или персональные права, простую возможность или опцию [9].

Другой французский юрист, П. Рубье, пишет, что способность на отказ от права присуща субъективному праву, которое охватывает только «те гипотезы, где существует прерогатива, применяемая в качестве блага: прерогатива, которая в принципе может быть передана другому лицу и которая, как правило, предполагает

<sup>1</sup> Постановление Кассационного суда Республики Армения от 13 сентября 2009 г. № ЧГ-04/13.

<sup>2</sup> Унтерпертингер против Австрии (жалоба № 9120/80, пп. 31–33) [Электронный ресурс] : постановление ЕСПЧ от 27 нояб. 1986 г. // ИПО «Гарант».

<sup>3</sup> Садак и другие против Турции (жалобы № 29900/96, 29901/96, 29902/96, 29903/96. п. 65) : постановление ЕСПЧ от 17 июля 2001 г. URL: [http://www.rroi.narod.ru/echr/another\\_3/sadak.htm](http://www.rroi.narod.ru/echr/another_3/sadak.htm).

возможность для лица, пользующегося ею, отказать от нее. Такие прерогативы получают судебную защиту посредством судебной исковой процедуры...» [10].

В философии права существует подход, согласно которому лицо, совершив противоправное деяние, например преступление, отказывается от своего права (теряет его). И. Кант отмечал, что отказ от свободы недопустим, за исключением тех случаев, когда человек сам лишает себя своей личности, совершив преступление [11]. По Канту, человек не может заключить какой-либо договор, которым лишит себя свободы, за исключением совершения преступления. «Ни один человек в государстве не может быть совсем без звания, ведь у него есть по крайней мере звание гражданина; разве только он лишил себя звания, совершив какое-нибудь преступление, так как в таком случае, хотя и сохраняется ему жизнь, он становится лишь орудием чужой воли (государства или другого гражданина). В этом случае он холоп (*servus in sensu stricto*) (таковым он становится только по суду и по праву) и принадлежит к собственности (*dominium*) другого, который, таким образом, не только его господин (*homo*), но и его собственник (*dominus*) и может его продать как вещь, и использовать его по своему усмотрению (только не с низменными целями), и распоряжаться (располагать) его силой, хотя и не его жизнью и членами» [там же].

Рассматривая вопрос соотношения понятий «отказ от права» и «потеря права», Ж.И. Седова и Н.В. Зайцева говорят о том, что отказ от права и лишение права (*forfeiture*) — это различные легальные концепции, первая из которых представляет преднамеренный отказ от существенного права, предусмотренного договором; вторая концепция направлена на утрату права в случае несвоевременного выполнения или невыполнения условий, предусмотренных в договоре. Здесь очевиден различный субъектный состав: отказ совершается лицом, не нарушившим изначально обязательства, а лишение происходит в отношении субъектов, совершивших нарушение. Утрата права относится к механизмам ответственности. *Потеря права* (*forfeiture of right*) характеризуется осуществлением пассивного юридически значимого поведения посредством конклюдентных действий, часто без четкого понимания сути их правовых последствий. Потеря права применяется как правовое последствие (результат) непоследовательного поведения субъекта пра-

воотношения. Таким образом, если в случае отказа от права имеет место *активный отказ* как некий выбор посредством явного волеизъявления, всегда осознанного, то в случае потери права имеет место *пассивный отказ* (потеря или утрата права), основанный на одном из элементов эстоппеля — непоследовательности поведения субъекта, утратившего право [12]. Необходимо указать, что хотя авторы считают отказ от права и потерю права самостоятельными концепциями, однако параллельно с этим сущность потери права раскрывают с формулировкой «пассивный отказ» и отмечают, что отказ от права в самом широком смысле включает в себя и потерю права.

В постановлениях разных судебных органов также можно заметить путаницу обсуждаемых понятий [13]. Встречаются примеры, когда суд, описывая потерю права в случае совершения противоправного деяния, оперирует понятием «отказ от права». Например, Европейский суд в известном деле «Ал-Хаваджа и Тагери против Соединенного Королевства» квалифицировал угрозу свидетелям со стороны обвиняемого как отказ от права на встречный опрос, используя в английском тексте постановления формулировку «*waived his rights to question such witnesses*»<sup>4</sup>. В официальных переводах на русский и армянский языки также были использованы формулировки «...отказавшимся от своих прав»<sup>5</sup>, «обвиняемый должен отказаться от своих прав, предусмотренных п. 3 (г) ст. 6»<sup>6</sup>.

В постановлениях Верховного суда США понятия «утрата права» (*forfeiture*) и «отказ от права» (*waiver*) также применяются как взаимосвязанные. Однако специалисты в области американского права отмечают, что в постановлениях Верховного суда США два термина (*forfeiture* и *waiver*), имеющие практическое значение, использовались во взаимосвязи друг с другом случайно [там же]. В теории указывается, что путаницу в предложенное выше разграничение понятий «потеря права» и «отказ от права» могут внести некоторые прецеденты международных коммерческих арбитражей, которые иногда используют смешанный термин «отказ от права на основании эстоппеля»

<sup>4</sup> URL: [http://hudoc.echr.coe.int/eng# {"itemid": \["001-108072"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

<sup>5</sup> URL: [http://hudoc.echr.coe.int/eng# {"itemid": \["001-117175"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

<sup>6</sup> URL: [http://hudoc.echr.coe.int/eng# {"itemid": \["001-122378"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

(waiver based on an estoppel, waived by estoppel). Отказ от права как правовое последствие ситуации эстоппель используется арбитражем в том случае, когда он сталкивается с трудностями квалификации поведения участника процесса, в котором присутствуют как элементы отказа от права, так и элементы эстоппеля [12].

Таким образом, в качестве теоретической категории понятие «отказ от права» пересекается с такими юридическими понятиями, как «лишение права», «ограничение права», «правонарушение», «юридическая ответственность» и т.д. В этом смысле необходимо рассматривать соотношение понятий «отказ от права на встречный опрос» и «утрата права на встречный опрос в результате совершения противоправного деяния». При анализе данного вопроса следует различать его научную (академическую) плоскость и практическую сторону. С точки зрения теории права, несомненно, отказ от права и утрата права в результате совершения противоправного деяния являются разными понятиями. Утрата права посредством совершения противоправного деяния, по сути, находится в плоскости «правонарушение (злоупотребление правом) и юридическая ответственность».

При выяснении объема понятия «отказ от права» необходимо придерживаться подхода, в соответствии с которым, давая характеристику такого понятия, как «отказ от права», требуется учитывать историческое развитие и условия применения этой доктрины. Если отказ от права возник и применялся как гибкая *ad hoc* доктрина, то любая характеристика должна даваться со строгими оговорками [14, р. 110], следовательно, приемлем подход, согласно которому не имеет особого правового значения разграничение понятий «потеря права» и «отказ от права», так как по сути обе ситуации представляют собой *отсутствие права*. Понятие «отказ от права» является родовым (обобщающим) для термина «потеря права» и в самом широком смысле поглощает активное и пассивное поведение участника правоотношения, приведшее к отсутствию права [12].

По нашему мнению, в узком смысле правонарушение или злоупотребление правом нельзя рассматривать как отказ от права, поскольку отказ от права должен быть добровольным. Между тем лицо с неправомерным поведением не только не желает отказаться от права, но и, как правило, борется за его осуществление. Например, обвиняемый угрожает свидетелю, чтобы последний во время очной ставки отказался от данных

против него показаний [15]. Однако в практической плоскости понятие «отказ от права» можно использовать и в широком смысле, что может включать в себя также утрату права в результате совершения противоправного деяния.

Нами были выделены две формы отказа от права на встречный опрос: отказ от права на встречный опрос с согласия обвиняемого и отказ от права (утрата права) на встречный опрос посредством совершения противоправного деяния (*forfeiture by wrongdoing*) [16].

Отказ от права на встречный опрос должен быть осознанным (намеренным) актом, т.е. обвиняемый должен четко и недвусмысленно сообщить об отказе от права на встречный опрос. Примером отказа от права на встречный опрос является ясно выраженное обвиняемым согласие на оглашение в суде показаний лица, данных против него в ходе предварительного следствия. Отказ от права на встречный опрос не может предполагаться. Иными словами, в судебной практике не должна действовать *презумпция отказа от права*.

Риторическое выражение «молчание — знак согласия» не может приводиться в том случае, когда решается вопрос отказа от права на встречный опрос. Если в суде рассматривается вопрос оглашения показаний свидетеля, данных в ходе предварительного следствия, и подсудимый отказывается выразить позицию по данному вопросу, то это само по себе (*per se*) не означает, что он отказывается от права на встречный опрос.

Право на встречный опрос *ex officio* накладывается на государство как орган, осуществляющий уголовное производство, обязанность его обеспечения. Это означает, что подсудимый не обязан в каждом случае ходатайствовать, чтобы орган, осуществляющий производство, вызвал в суд свидетеля, давшего против него показания. Непредставление ходатайства о вызове в суд свидетеля *per se* не означает, что подсудимый отказывается от права на встречный опрос. Вновь отметим, что обязанность вызова в суд свидетеля, давшего против обвиняемого показания в ходе предварительного следствия, возникает в силу закона независимо от того, заявлял подсудимый подобное ходатайство или нет.

Американские суды не разрешают практику отказа от основных прав по умолчанию и более склонны принимать позицию, противоположную презумпции отказа от права на встречный опрос [17].

Германский процессуалист В. Бойльке отмечает, что оглашение как судебных, так и несудебных протоколов допроса свидетеля, эксперта или обвиняемого допустимо, только если прокурор, защитник и подсудимый с этим согласны (§ 251 I № 4, II1 УПК). В соответствии с судебной практикой признается согласием молчаливое одобрение: например, защитник согласился с оглашением протокола и подсудимый по этому поводу молчит. Однако это обоснованно подвергается критике, поскольку необходимость согласия *de facto* превращается в обязанность приносить возражение [18, с. 237].

Верховный суд США отметил также, что от права на конфронтацию можно отказаться не только с согласия обвиняемого, но и в результате его противоправного деяния (*United States v. Carlson*, 547 F.2d 1346, 1358 (8th Cir. 1976)). Противоправное деяние обвиняемого может выражаться посредством нарушения им естественно-го хода судебного заседания (*Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337, 342–43 (1970)) или совершения таких действий, в результате которых свидетель становится недоступным для судебного процесса (*Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 159 (1878)).

Доктрина утраты права на встречный опрос по основанию совершения противоправного деяния (*forfeiture by wrongdoing*) в США сформировалась в 1878 г. в ходе рассмотрения дела *Reynolds v. United States* (*Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 158–60 (1878)). Согласно данному делу, лицо обвинялось в двоеженстве. Обвиняемый препятствовал полицейскому в передаче судебного извещения его второй жене, которая являлась свидетелем стороны обвинения по делу. Обвиняемый в суде не имел возможности перекрестно допросить вторую жену. Верховный суд США отметил, что в данном деле конституционное право обвиняемого не было нарушено, так как он ответственен за то, что свидетель не был доступен для судебного разбирательства. Судья указал, что прокурор представил достаточные неопровержимые доказательства, объясняющие, почему свидетель не явился на судебное заседание. Судья Верховного суда США подчеркнул: «Конституция дает право обвиняемому на судебное разбирательство, в ходе которого должны участвовать также и лица, давшие против него показания. Если свидетель отсутствует в результате противоправных деяний обвиняемого, то он не может в дальнейшем оспаривать допустимость доказательства на том основании, что свидетель не присутствовал на допросе» [19].

В теории американского права отмечается, что справедливость утраты права на основании совершения противоправного деяния основывается на том простом обстоятельстве, что обвиняемый не должен получать любую выгоду от своих противоправных деяний [18]. Верховный суд США по делу *United States v. Manstrangelo* отметил, что если обвиняемый взяткой, угрозами, насилием или убийством достиг молчания свидетеля, то он не может настаивать на праве на конфронтацию и требовать, чтобы свидетель, давший против него показания, был допрошен в присутствии присяжных заседателей (*United States v. Mastrangelo*, 693 F.2d 269 (2d Cir. 1982)). Кроме того, в теории отмечается, что действия, направленные на неявку свидетеля на судебное заседание, необязательно должны считаться преступлением, достаточно того, чтобы они были противоправными. Например, как было отмечено выше, по делу *Reynolds v. United States* основанием утраты права на конфронтацию считались такие противоправные деяния обвиняемого, которые препятствовали тому, чтобы его вторая жена встретила с полицейским и получила от него повестку [там же].

Отказ от права на встречный опрос должен наступить в результате действий обвиняемого. Обвиняемый не может утратить права на встречный опрос в результате противоправных действий других лиц.

От права на встречный опрос можно отказаться в случае совершения следующих противоправных действий: препятствование естественному ходу судебных заседаний, противоправное воздействие на участников процесса, уклонение от уголовного производства или самовольное оставление зала судебных заседаний.

#### **Отказ от права на встречный опрос в случае препятствования естественному ходу судебных заседаний**

Самой распространенной формой отказа от права на встречный опрос путем совершения противоправного деяния является воспрепятствование естественному ходу судебных заседаний со стороны обвиняемого.

Подсудимый при воспрепятствовании естественному ходу судебных заседаний предупреждается о возможности его удаления из зала судебных заседаний в случае продолжения противоправного поведения. Если в ходе судебного заседания он продолжает совершать противоправные деяния, то этим он фактически отказыва-

ваются от права участия в судебных заседаниях и права на встречный опрос (утрачивает эти права). Например, при рассмотрении дела *Allen v. Illinois* (397 U.S. 337, 339 (1970)) подсудимый в зале судебных заседаний говорил с судьей оскорбительно и неуважительно. Кроме того, он рвал бумаги и бросал их на пол, выкрикивал разные оскорбительные выражения, после чего судья решил провести судебное заседание в отсутствие обвиняемого, и последний был удален из зала судебных заседаний. Верховный суд в рамках апелляционного производства отметил, что участие в судебных заседаниях на всех стадиях — это право обвиняемого. Тем не менее подсудимый из-за своего противоправного поведения утратил право на присутствие на судебных заседаниях и право оспаривать показания лиц, свидетельствующих против него [19].

В правоприменительной практике Республики Армения подсудимый также фактически отказывается от права на встречный опрос, если по основанию неисполнения законных распоряжений судьи, препятствования естественному ходу судебного заседания или совершения иного действия, нарушающего порядок заседания, в отношении него применяется судебная санкция в виде удаления из зала заседаний (ст. 314.1 УПК РА).

В Армении удаление подсудимого из зала заседаний как судебная санкция прошло определенные этапы развития. Так, УПК РА в редакции 1998 г. не предусматривал норму об удалении подсудимого из зала заседаний, однако, согласно п. 7 постановления Совета председателей судов РА от 12 февраля 2000 г., если подсудимый мешает судебному заседанию, то по определению суда он может быть удален из зала судебных заседаний. В подобном случае разбирательство по делу продолжается в отсутствие подсудимого. Совет председателей судов РА, обосновывая постановление, ссылался на ст. 314 УПК РА, согласно которой распоряжения председательствующего обязательны для каждого лица, участвующего в судебном разбирательстве или присутствующего в судебном заседании. Сторонником удаления подсудимого из зала по основанию воспрепятствования судебному заседанию был также М. Хачатрян, на то время председатель палаты Кассационного суда РА, который отмечал: «Согласно ст. 65 УПК РА, подсудимый обязан соблюдать порядок в заседании суда. Следовательно, если обвиняемый не выполняет свою обязанность, то в отноше-

нии него должно применяться соответствующее средство воздействия, в том числе удаление из зала судебных заседаний» [20]. Понятно, что разъяснение Совета председателей судов РА незаконно, так как, в отличие от советского УПК, УПК РА в редакции 1998 г. не предусматривал такого правового основания, как удаление подсудимого из зала заседаний, более того, согласно ст. 302 и 303, судебное разбирательство происходит с участием подсудимого, явка которого в суд обязательна.

Законом «О внесении изменений и дополнений в УПК РА» от 21 февраля 2007 г. этот пробел был восполнен, и в ст. 314.1 УПК РА было предусмотрено положение об удалении обвиняемого из зала судебных заседаний. Однако правовое регулирование в данной редакции было крайне неполным. Так, согласно ч. 6 ст. 314.1 УПК РА в редакции от 21 февраля 2007 г., в случае удаления обвиняемого из зала судебных заседаний во время разбирательства по уголовному делу судебное заседание откладывалось на срок до двух недель. Для арестованных лиц отложенный срок не засчитывается в срок наказания при его исчислении. Мы считаем, что подобное регулирование приводило к неравному положению арестованных подсудимых и подсудимых, находящихся на свободе. Дело в том, что если находящийся на свободе подсудимый нарушал судебное заседание, то он удалялся из зала судебных заседаний, а заседание откладывалось, в то время как если процессуальное нарушение допускал подсудимый, находящийся под арестом, то его не только удаляли из зала заседаний и заседание откладывалось на две недели, но и указанные две недели не засчитывались в срок назначаемого в отношении него наказания. Получается, что по сравнению с находящимся на свободе подсудимым состояние арестованного подсудимого ухудшается. Кроме того, практика показала, что этот порядок удаления подсудимого из зала судебных заседаний не был эффективным, особенно в тех случаях, когда процессуальные нарушения, допускаемые подсудимым, носили периодический характер. Удаление обвиняемого из зала судебных заседаний выступает как исключительная мера уголовно-процессуальной ответственности и как таковая имеет своей целью обеспечение осуществления правосудия и естественного хода судебного заседания. Часть 6 ст. 314.1 УПК РА не давала возможности обеспечивать

достижение цели удаления из зала судебных заседаний, так как в случае откладывания судебного разбирательства надлежащее поведение участника не могло быть обеспечено [21]. Эта проблема была разрешена посредством изменения, внесенного в ч. 6 ст. 314.1 УПК РФ 11 февраля 2009 г., согласно которому ч. 6 была изложена в следующей редакции: «...Повторное препятствование подсудимым в ходе одного заседания естественному ходу судебного заседания или невыполнение распоряжений председательствующего судьи является основанием для применения санкции, предусмотренной п. 2 первой части настоящей статьи, в случае чего рассмотрение дела продолжается в отсутствие подсудимого, однако приговор суда оглашается в присутствии подсудимого. В случае проявления неуважительного отношения к суду суд в отношении подсудимого без предупреждения применяет санкцию, предусмотренную п. 2 первой части настоящей статьи, и рассмотрение дела продолжается в отсутствие подсудимого, однако приговор суда оглашается в присутствии подсудимого или после оглашения немедленно вручается ему...»

#### **Отказ от права на встречный опрос в случае противоправного воздействия на участников процесса**

Если обвиняемый в отношении лица, вовлеченного в уголовное производство, применил запрещенные средства и вызвал у него чувство реального страха, то это может быть рассмотрено как отказ обвиняемого от права на встречный опрос. Этот подход закреплен в п. 123 постановления Европейского суда от 15 декабря 2011 г. по делу «Ал-Хаваджа и Тагери» (Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom (2011)), согласно которому «если страх свидетеля обусловлен противоправными действиями обвиняемого или лиц, действующих от его имени, то допустимо оглашение в суде показаний свидетеля без необходимости дачи показаний свидетелем «вживую» или допрашивания подсудимым или его представителями, если даже показание свидетеля против обвиняемого является *исключительным и решающим свидетельствованием*. Обстоятельство использования страха, вызванного у свидетелей обвиняемым, несовместимо с правами потерпевшего и свидетелей. Никакой суд не должен допускать, чтобы подобным образом подрывалась справедливость судебного разбирательства. Следовательно, подобное по-

ведение обвиняемого необходимо рассматривать как отказ от права на допрос свидетеля, установленного п. «г» ч. 3 ст. 6 Европейской конвенции. Указанная позиция применима, если угрозы или действия в отношении свидетеля совершались от имени обвиняемого или лицами, действующими с его ведома и одобрения» (курсив наш. — А. Г.).

#### **Отказ от права на встречный опрос в случае уклонения от уголовного производства или самовольного оставления зала судебных заседаний**

*Уклонение от органа, осуществляющего уголовное производство, как отказ от права на встречный опрос.* Следующим противоправным способом отказа от права на встречный опрос являются действия, направленные на то, чтобы скрыться от органа, осуществляющего уголовное производство. На практике встречаются случаи, когда в отношении на долгие годы уклоняющегося от следствия обвиняемого объявляется розыск или же лицо в целях уклонения от следствия уезжает в другое государство, в результате чего в дальнейшем лишается возможности допросить свидетелей, давших против него показания, так как эти свидетели недоступны, например умерли или находятся в государстве места совершения преступления.

Согласно постановлению Европейского суда от 27 октября 2016 г. по делу «Тер-Саргсян против Армении», заявитель совершил преступление в Республике Казахстан, а затем сбежал в Республику Армения. В целях осуществления в отношении него уголовного преследования уголовное дело было передано Республике Армения, однако обвиняемый не осуществил свое право подвергнуться допросу свидетелей, находящихся на территории Казахстана. Европейский суд по этому делу хотя и подтвердил нарушение Европейской конвенции, однако в п. 55 постановления изложил важное суждение, отметив: «Заявитель не имел возможности допросить данных свидетелей на какой-либо стадии производства по делу. Заявитель не участвовал в рассмотрении уголовного дела, возбужденного против него в Казахстане, но по таким причинам, которые нельзя приписать властям. По этой причине он не имел возможности на перекрестный допрос свидетелей ни на досудебной стадии, когда они давали показания, ни на дальнейших стадиях рассмотрения дела в Республике Казахстан».

Европейский суд ясно указал, что заявитель не участвовал в рассмотрении уголовного дела, возбужденного против него в Казахстане, по таким причинам (уклонения от следствия), которые нельзя приписать властям. В случае развития данного суждения Европейского суда получается, что если обвиняемый скрылся от следствия, то этим противоправным деянием по сути (*per se*) лишил себя права на встречный опрос (отказался от права). Дело в том, что в случае уклонения от следствия обвиняемый разумным образом может ожидать того, что, во-первых, есть свидетели по уголовному делу, которые могут дать показания против него, во-вторых, в случае побега обвиняемого дальнейший допрос этих свидетелей может стать невозможным, например если обвиняемый долгие годы находился в розыске, в течение которого свидетели умерли или забыли обстоятельства произошедшего.

По нашему мнению, рассмотрение побега обвиняемого в ходе предварительного следствия в качестве основания отказа от права на встречный опрос и оглашение в суде показаний свидетелей, данных в ходе предварительного следствия, будет считаться правомерным в следующих случаях:

– во-первых, если есть достаточные доказательства, что обвиняемый был осведомлен о возбуждении и осуществлении в отношении него уголовного преследования и совершил побег по этой причине<sup>7</sup>;

– во-вторых, если допрос свидетелей в ходе предварительного следствия производился с соблюдением особых гарантий: была осуществлена аудио- и видеозапись или в допросе с разрешения следователя участвовал защитник обвиняемого, находящегося в розыске (применение дополнительной гарантии);

– в-третьих, если в результате нахождения обвиняемого в розыске на неопределенный срок невозможно обеспечить в суде допрос свидетелей в живом общении (например, свидетель уехал из страны или неизвестно место его нахождения) либо это затруднено вследствие потери памяти свидетелями (невозможность допроса «вживую»);

<sup>7</sup> На практике желательно при разъяснении прав и обязанностей обвиняемому, участвующему в уголовном производстве, особенно отметить также возможность утраты права на встречный опрос в случае уклонения от следствия.

– в-четвертых, если после обнаружения разыскиваемого обвиняемого свидетели, давшие против него показания, доступны для суда, то в этом случае суд может считать их показания, данные при живом общении, обязательными не для обеспечения права обвиняемого на встречный опрос (совершая побег, он уже отказался от этого права), а для обеспечения требования непосредственности судебного разбирательства.

*Самовольное оставление обвиняемым зала судебных заседаний как отказ от права на встречный опрос.* В американском праве в качестве отказа от права на встречный опрос рассматриваются также ситуации, когда обвиняемый в ходе судебного разбирательства самовольно покидает зал судебных заседаний. В этом случае обвиняемый не настаивает на своем праве и отказывается от этих конституционных привилегий, так как ему было предоставлено право на встречный опрос, но он не захотел воспользоваться им и встретиться со свидетелями, давшими против него показания (*Yates v. Commonwealth*, 215 Ky. 725, 268 S. W. 676 (1918)). Американские юристы отмечают, что данная форма отказа от права на встречный опрос кажется самой разумной, так как, если обвиняемый с безразличием или презрением не воспользовался возможностью встретиться с лицами, давшими против него показания, отказ от этого права не наносит вреда правам и законным интересам обвиняемого [22].

В Республике Армения участие подсудимого в судебном заседании обязательно, следовательно, если подсудимый самовольно покинул зал судебных заседаний, то судебное разбирательство не может продолжаться.

### Выводы

В самом широком смысле, говоря об отказе от субъективного права, мы имеем в виду проявления определенного поведения лица в конкретной ситуации (правомерное и неправомерное деяние), из чего вытекает, что он не желает реализовать свое субъективное право или отказывается от правовой защиты этого права.

От права на конфронтацию обвиняемый может отказаться не только с собственного согласия, он может его утратить по причине совершения противоправного деяния. Справедливость утраты права по основанию совершения противоправного деяния основывается на том простом обстоятельстве, что обвиняемый не должен получать любую выгоду от своих противоправных деяний.

## СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. Гладышева И.П. К вопросу о понятии «юридический отказ» / И.П. Гладышева // Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2010. — № 2 (13). — С. 72–76.
2. Саркисян А. Об отказе от права и его последствиях / А. Саркисян, Д. Новосельнов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. — 2017. — № 4. — С. 91–131.
3. Загс М. Основы общего учения основных прав в Германии. Субъективные публичные права в административном праве / М. Загс. — Ереван : Тигран Мец, 2012. — 106 с.
4. Dix G.E. Waiver in Criminal Procedure: A Brief for More Careful Analysis / G.E. Dix // *Texas Law Review*. — 1977. — Vol. 55, № 2. — P. 193–209.
5. Spritzer R.S. Criminal Waiver, Procedural Default and the Burger Court / R.S. Spritzer // *The University of Pennsylvania Law Review*. — 1978. — Vol. 126, № 3. — P. 473–514.
6. Westen P. Away from Waiver: A Rationale for the Forfeiture of Constitutional Rights in Criminal Procedure / P. Westen // *Michigan Law Review*. — 1977. — Vol. 78, № 5/6. — P. 1214–1261.
7. Blank D.P. Plea Bargain Waivers Reconsidered: A Legal Pragmatist's Guide to Loss, Abandonment and Alienation / D.P. Blank // *The Fordham Law Review*. — 2000. — Vol. 68, iss. 6. — P. 2011–2063.
8. Бойко Т.С. Отказ от права и воздержание от осуществления права: российский и англо-американский подходы [Электронный ресурс] / Т.С. Бойко // *Закон*. — 2012. — № 3. — Режим доступа: <http://www.center-bereg.ru/o1759.html>.
9. Сандевуар П. Введение в право / П. Сандевуар. — М. : Интратэк-Р, 1994. — 326 с.
10. Roubier P. Droits subjectifs et situations juridiques / P. Roubier // *Revue Internationale de Droit Comparé*. — 1963. — Vol. 15, № 4. — P. 815–817.
11. Кант И. Сочинения : в 6 т. / И. Кант ; под общ. ред. В.Ф. Асмуса, А.В. Гулыги, Т.И. Ойзермана. — М. : Мысль, 1965. — Т. 4, ч. 1. — 544 с.
12. Седова Ж.И. Принцип эстоппел и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации / Ж.И. Седова, Н.В. Зайцева. — М. : Статут, 2014. — 158 с.
13. May G. «Forfeiture» vs. «Waiver» of Issues on Appeal [Electronic resource] / G. May // *The California Blog of Appeal*. — 2007. — 16 Nov. — Mode of access: <http://www.calblogofappeal.com/2007/11/16/wordplay-forfeiture-vs-waiver-of-issues-on-appeal>.
14. Wilken S. The Law of Waiver, Variation, and Estoppels / S. Wilken, K. Ghaly. — New York : Oxford Univ. Press, 2012. — 640 p.
15. Гамбарян А. Отказ от субъективного права и условия правомерности / А. Гамбарян, К. Авоян // *Ориноканютюн*. — 2016. — № 91. — С. 23–34.
16. Гамбарян А.С. Отказ от права на встречный опрос (конфронтацию) и правовые последствия / А.С. Гамбарян. — Ереван : МАСП, 2017. — 65 с.
17. Rose A. Forfeiture of Confrontation Rights Post-Giles: Whether a Co-conspirator's Misconduct Can Forfeit a Defendant's Right to Confront Witnesses / A. Rose // *N.Y.U. Journal of Legislation and Public Policy*. — 2011. — Vol. 14, № 1. — P. 281–322.
18. Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ / В. Бойльке. — М. : Красноярск : Краснояр. гос. ун-т, 2004. — 352 с.
19. Ruebner R. Giles v. California: Sixth Amendment Confrontation Right, Forfeiture by Wrongdoing, and a Misguided Departure from the Common Law and the Constitution / R. Ruebner, E. Goryunov // *University of Toledo Law Review*, Forthcoming. — 2009. — № 40. — P. 577–615.
20. Хачатрян М. Гласность как элемент справедливого судебного разбирательства / М. Хачатрян // *Оренк ев ираканютюн*. — 2003. — № 19-20. — С. 3–4.
21. Гамбарян А. Удаление подсудимого из зала судебных заседаний как мера уголовно-процессуальной ответственности / А. Гамбарян, Ш. Израелян // *Оренк ев ираканютюн*. — 2009. — № 11. — С. 4–6.
22. Hanson K.H. Waiver of Constitutional Right of Confrontation / K.H. Hanson // *Journal of Criminal Law and Criminology*. — 1948. — Vol. 39, iss. 1. — P. 55–57.

## REFERENCES

1. Gladysheva I.P. Concerning the notion «juridical rejection». *Vestnik Nizhegorodskoi akademii MVD Rossii = Journal of Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia*, 2010, no. 2 (13), pp. 72–76. (In Russian).
2. Sarkisyan A., Novoselov D. On the Waiver and Its Consequences. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii = The Herald of Commercial Justice of Russia*, 2017, no. 4, pp. 91–131. (In Russian).
3. Zags M. *Osnovy obshchego ucheniya osnovnykh prav v Germanii. Sub"ektivnye publichnye prava v administrativnom prave* [Fundamentals of the General Theory of Basic Rights in Germany. Subjective Public Rights in the Administrative Law]. Yerevan, Tigran Mets Publ., 2012. 106 p.
4. Dix G.E. Waiver in Criminal Procedure: A Brief for More Careful Analysis. *Texas Law Review*, 1977, vol. 55, no. 2, pp. 193–209.
5. Spritzer R.S. Criminal Waiver, Procedural Default and the Burger Court. *The University of Pennsylvania Law Review*, 1978, vol. 126, no. 3, pp. 473–514.
6. Westen P. Away from Waiver: A Rationale for the Forfeiture of Constitutional Rights in Criminal Procedure. *Michigan Law Review*, 1977, vol. 78, no. 5/6, pp. 1214–1261.
7. Blank D.P. Plea Bargain Waivers Reconsidered: A Legal Pragmatist's Guide to Loss, Abandonment and Alienation. *The Fordham Law Review*, 2000, vol. 68, iss. 6, pp. 2011–2063.
8. Boiko T.S. Waiver and Abstinance from Exercising the Right: Russian and Anglo-American Approaches. *Zakon = Law*, 2012, no. 3. Available at: <http://www.center-bereg.ru/o1759.html>. (In Russian).

9. Sandevoy P. *Introduction au droit*. Paris, Dunod, 1991. 261 p. (Russ. ed. Sandevoy P. *Vvedenie v pravo*. Moscow, Intratek-R Publ., 1994. 326 p.).
10. Roubier P. Droits Subjectifs et Situations Juridiques. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1963, vol. 15, no. 4, pp. 815–817.
11. Kant I.; Asmus V.F., Gulyga A.V., Oizerman T.I. (eds.). *Sochineniya* [Works]. Moscow, Mysl' Publ., 1965. Vol. 4, pt. 1. 544 p.
12. Sedova Zh.I., Zaitseva N.V. *Printsip estoppel' i otkaz ot prava v kommercheskom oborote Rossiiskoi Federatsii* [The Principle of Estoppel and Waiver in the Commercial Turnover of the Russian Federation]. Moscow, Statut Publ., 2014. 158 p.
13. May G. «Forfeiture» vs. «Waiver» of Issues on Appeal. *The California Blog of Appeal*, 2007, November 16. Available at: <http://www.calblogofappeal.com/2007/11/16/wordplay-forfeiture-vs-waiver-of-issues-on-appeal>.
14. Wilken S., Ghaly K. *The Law of Waiver, Variation, and Estoppels*. New York, Oxford University Press, 2012. 640 p.
15. Gambaryan A., Avoyan K. Waiver of the subjective right and the conditions of lawfulness. *Orinakanutyun*, 2016, no. 91, pp. 23–34. (In Armenian).
16. Gambaryan A.S. *Otkaz ot prava na vstrechnyi opros (konfrontatsiyu) i pravovye posledstviya* [Waiver of the right to confrontation and its legal consequences]. Yerevan, MASP Publ., 2017. 65 p.
17. Rose A. Forfeiture of Confrontation Rights Post-Giles: Whether a Co-conspirator's Misconduct Can Forfeit a Defendant's Right to Confront Witnesses. *N.Y.U. Journal of Legislation and Public Policy*, 2011, vol. 14, no. 1, pp. 281–322.
18. Beulke W. *Strafprozessrecht*. C.F. Müller Verlag, 2002. 362 S. (Russ. ed.: Beulke W. *Ugolovno-protsessual'noe pravo FRG*. Krasnoyarsk State University Publ., 2004. 352 p.).
19. Ruebner R., Goryunov E. Giles v. California: Sixth Amendment Confrontation Right, Forfeiture by Wrongdoing, and a Misguided Departure from the Common Law and the Constitution. *University of Toledo Law Review, Forthcoming*, 2009, no. 40, pp. 577–615.
20. Khachatryan M. Transparency as an element of lawful litigation. *Orenk ev irakanutyun*, 2003, no. 19-20, pp. 3–4. (In Armenian).
21. Gambaryan A., Israelyan Sh. Removal of the accused from the courtroom as a measure of criminal procedure liability. *Orenk ev irakanutyun*, 2009, no. 11, pp. 4–6. (In Armenian).
22. Hanson K.H. Waiver of Constitutional Right of Confrontation. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1948, vol. 39, iss. 1, pp. 55–57.

#### ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Гамбарян Артур Сиреканович — заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российско-Армянского университета, заместитель председателя Следственного комитета Республики Армения, доктор юридических наук, профессор, г. Ереван, Республика Армения; e-mail: artur.ghambaryan@gmail.com.

#### ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ

Гамбарян А.С. Отказ от права (утрата права) на встречный опрос посредством совершения противоправного деяния (forfeiture by wrongdoing) / А.С. Гамбарян // Всероссийский криминологический журнал. — 2019. — Т. 13, № 2. — С. 322–331. — DOI: 10.17150/2500-4255.2019.13(2).322-331.

#### INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Ghambaryan, Artur S. — Head, Chair of the Theory and History of State and Law, Russian-Armenian University, Deputy Chairman, Investigation Committee of the Republic of Armenia, Doctor of Law, Professor, Yerevan, the Republic of Armenia; e-mail: artur.ghambaryan@gmail.com.

#### FOR CITATION

Ghambaryan A.S. Waiver of the right (loss of the right) to a confrontation by committing an unlawful act (forfeiture by wrongdoing). *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal = Russian Journal of Criminology*, 2019, vol. 13, no. 2, pp. 322–331. DOI: 10.17150/2500-4255.2019.13(2).322-331. (In Russian).