

Discussio mater  
veritas est

N 04/2013

Южнокавказский  
Юридический  
Журнал



South Caucasus  
Law Journal



german  
cooperation

DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

**giz**

Deutsche Gesellschaft  
für Internationale  
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

# **Южнокавказский Юридический Журнал**

04/2013

Право на справедливый суд

# **South Caucasus Law Journal**

04/2013

Right to a fair trial

**Руководитель редакционной коллегии**  
Норберт Бернсдорфф

**Head of the Editorial Board**  
Norbert Bernsdorff

**Редакционная коллегия**  
Ваффедин Ибаев, Гундуз Каримов,  
Анар Багиров, Нарине Алексанян, Анаит Манасян,  
Тарон Симонян, Иракли Бурдули, Паата Турава,  
Елена Филеева

**Members of the Editorial board**  
Vaffadin Ibaev, Gunduz Karimov,  
Anar Bagirov, Narine Aleksanyan, Anait Manassyan,  
Taron Simonyan, Irakli Burduli, Paata Turava,  
Elena Fileeva

**Переводчики русского текста**  
Тина Чохели, Лаша Каландадзе,  
Ваге Мкртчян, Назим Гусейнов,

**Translators of Russian text**  
Tina Chokeli, Lascha Kalandadze,  
Vahe Mkrтчyan, Nazim Huseynov

**Переводчики английского текста**  
Кети Вачадзе, Каха Тсикаришвили,  
Ваге Мкртчян, Назим Гусейнов

**Translators of English text**  
Kate Vachadze, Kakha Tsikarishvili,  
Vahe Mkrтчyan, Nazim Huseynov

**Корректоры русского текста**  
Тина Чохели

**Proof-readers of Russian text**  
Tina Chokheli

**Корректоры английского текста**  
Викрам Кона, Нана Мчедлидзе

**Proof-readers of English text**  
Vikram Kona, Nana Mchedlidze

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

The Journal is published with support of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). Findings, conclusions and comments made in the journal do not reflect the opinion of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)

© Немецкое Общество по Международному Сотрудничеству (GIZ), 2013  
© Авторы статей, 2013  
© Снимок на обложке: Jacques Descloitres, MODIS Land Rapid Response Team

© Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), 2013  
© Authors, 2013  
© Picture on the cover: Jacques Descloitres, MODIS Land Rapid Response Team

Электронную версию данного журнала можно найти на сайте: [www.giz.de/law-caucasus](http://www.giz.de/law-caucasus)

The online version of the journal is available on the website: [www.giz.de/law-caucasus](http://www.giz.de/law-caucasus)

Эл. почта: [lawjournal\\_caucasus@giz.de](mailto:lawjournal_caucasus@giz.de)

Email: [lawjournal\\_caucasus@giz.de](mailto:lawjournal_caucasus@giz.de)

ISSN 2298-0490



## Содержание

## Contents

<b>От редактора</b>	5	<b>Editorial</b>	5
<b>Статьи</b>		<b>Articles</b>	
• <b>Геворг Багдасарян</b> <i>Проблемы судебного разбирательства в отсутствие подсудимого в уголовно-процессуальном производстве РА в контексте права на справедливое судебное разбирательство</i>	7	• <b>Gevorg Baghdasaryan</b> <i>Issues of Trial of Criminal Cases in Absentia in the Context of the Right to a Fair Trial in the Criminal Procedure of the Republic of Armenia</i>	139
• <b>Фарид Гасанов</b> <i>Анализ уголовно-процессуального законодательства Азербайджанской Республики сквозь призму «разумного срока»</i>	17	• <b>Farid Hasanov</b> <i>Analysis of Azerbaijani Criminal Procedure Law from the Perspective of the Reasonable Time Requirement</i>	147
• <b>Табриз Мусаев</b> <i>Европейская Конвенция по правам человека и понятие уголовного обвинения в уголовно-процессуальном кодексе Азербайджанской Республики</i>	23	• <b>Tabriz Musaev</b> <i>The Concept of Criminal Charge in the European Convention on Human Rights and Criminal Procedure Law of the Republic of Azerbaijan</i>	152
• <b>Артак Геворгян</b> <i>Мотивировка судебного акта в свете справедливого судебного разбирательства</i>	30	• <b>Artak Gevorgyan</b> <i>Reasoning of a Judicial Act under the Light of Fair Trial</i>	158
• <b>Заур Азимов</b> <i>Вопрос соответствия института преюдиции в значении de lege lata праву на справедливое судебное разбирательство в Азербайджанском уголовном процессе</i>	39	• <b>Zaur Azimov</b> <i>Compatibility of the Concept of Prejudice as De Lege Lata within Azerbaijan's Criminal Proceedings with the Right to a Fair Trial</i>	165
• <b>Гнел Мугнецян</b> <i>Некоторые проблемы реализации права на возбуждение иска в административном судопроизводстве</i>	47	• <b>Gnel Mughnetsyan</b> <i>Some Challenges to Exercising the Right to Initiate a Claim in Administrative Procedure</i>	172
• <b>Араик Тунян</b> <i>Проблемы внесудебного обращения взыскания на имущество</i>	51	• <b>Araik Tunyan</b> <i>Issues of a Non-Judicial Claim to Property</i>	176
• <b>Липарит Дрмеян</b> <i>Надлежащее уведомление участвующих в деле лиц в контексте справедливого судебного разбирательства</i>	55	• <b>Liparit Drmeyan</b> <i>Proper Notification of Case Participants in the Context of a Fair Trial</i>	179
• <b>Иракли Кандашвили</b> <i>Проблемы арбитража как правового урегулирования альтернативных механизмов рассмотрения коммерческих споров на примере Грузинской системы</i>	59	• <b>Irakli Kandashvili</b> <i>Shortcomings of Legal Regulation of Arbitration as an Alternative Mechanism of Resolving Commercial Disputes: Case Study of Georgia</i>	182
• <b>Захид Мамедов</b> <i>Роль судебного аппарата в обеспечении права на справедливый суд</i>	65	• <b>Zahid Mammadov</b> <i>The Role of the Court Staff in Ensuring Fair Trial Rights</i>	187
• <b>Норберт Бэрнсдорфф</b> <i>Гарантия «справедливого судебного разбирательства» как право эффективного представления правовой точки зрения в судопроизводстве – императивные требования для национального процессуального права</i>	75	• <b>Norbert Bernsdorff</b> <i>The Right to a Fair Trial as a Guarantee for Effective Expression of a Legal Point of View in Court Proceedings – Imperative Requirements for National Procedural Law</i>	195

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Шахрияр Алиев</b> <i>Вопросы бесплатной юридической помощи в международном праве и практика иностранных государств</i> 84</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Shahriyar Aliyev</b> <i>Issues Related to Free Legal Assistance in International Law and Practice of Foreign States</i> 202</li> </ul>
<p><b>Обзор судебной практики</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Наринэ Алексанян</b> <i>Право на справедливое судебное разбирательство в прецедентном праве конституционного суда Республики Армения</i> 91</li> <li>• <b>Тинатин Цхведиани</b> <i>Применение статьи 13 в случаях предполагаемых нарушений статей 5 и 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека (Анализ прецедентного права ЕСПЧ)</i> 96</li> <li>• <b>Норберт Бэрнсдорфф</b> <i>Обзор судебной практики Европейского суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб против Азербайджана, Армении и Грузии за 2012г. (период подотчетности: 01.01.2012-31.12.2012)</i> 104</li> <li>• <b>Софья Сачалели</b> <i>Споры, вызванные в Грузии прекращением трудового договора по инициативе работодателя на основании статей 37 I Г и 38 III трудового кодекса (на примере споров 2007-2012 годах, возникших ввиду увольнения работника)</i> 112</li> </ul>	<p><b>Case Law Review</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Narine Aleksanyan</b> <i>Right to a Fair Trial in the Case Law of the Constitutional Court of Armenia</i> 208</li> <li>• <b>Tinatin Tskhvediani</b> <i>Application of Article 13 in Alleged Breaches of Articles 5 and 6 of the European Convention on Human Rights (An Analysis of the ECtHR Case Law)</i> 212</li> <li>• <b>Norbert Bernsdorff</b> <i>Review of the ECtHR Case Law Related to Individual Applications v. Armenia, Azerbaijan, and Georgia for the Year 2012 (Reporting period: 1 January 2012 – 31 December 2012)</i> 218</li> <li>• <b>Sophie Sachaleli</b> <i>Disputes in Georgia Caused by the Termination of Employment Contract on Employer's Initiative 2007-2012</i> 225</li> </ul>
<p><b>Комментарии к судебным решениям</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Мариам Осипян</b> <i>Мнение о решении по делу ООО "Мелтекс" и Месроп Мовсесян против Армении</i> 117</li> <li>• <b>Лия Шатберашвили</b> <i>Странная судьба одного иска</i> 123</li> <li>• <b>Миндия Вашакмадзе</b> <i>Более проактивный Европейский суд по правам человека? Общие и индивидуальные меры по нарушениям статьи 6(1)ЕКПЧ – дело «Александр Волков против Украины» (жалоба №21722/11). Решение суда от 9 января 2013 года</i> 129</li> </ul>	<p><b>Comments on Court Decisions</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Mariam Osipyanyan</b> <i>Comments on the Decision of Meltex LTD and Mesrop Movsesyan v. Armenia</i> 230</li> <li>• <b>Lia Shatberashvili</b> <i>The Strange Fate of a Claim</i> 235</li> <li>• <b>Mindia Vashakmadze</b> <i>A More Proactive European Court of Human Rights? General and Individual Measures for Violations of Article 6 (1) of the ECHR – Case of Oleksandr Volkov v. Ukraine (Application no. 21722/11) Judgment of 9 January 2013</i> 241</li> </ul>
<p><b>Сообщения</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Грачик Ярмаляян</b> <i>Доклад о правовых и судебных реформах в Армении</i> 134</li> </ul>	<p><b>Reports</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Hrachik Yarmaloyan</b> <i>Report on Legal and Judicial Reforms in Armenia</i> 246</li> </ul>
<p><b>Новости из региона</b> 250</p>	<p><b>News from the Region</b> 250</p>
<p><b>Рецензия</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Алеко Начкебия, Интерпретации норм гражданского права в практике Верховного Суда (2000-2013)</b> 253</li> </ul>	<p><b>Book recommendation</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Aleko Nachkhebia, Interpretations of civil law norms in the practice of the Supreme Court (2000-2013)</b> 253</li> </ul>

## От редактора

Настоящая книга является четвертым изданием Южнокавказского юридического журнала, впервые вышедшего в свет в 2010 году и весьма положительно воспринятого также за пределами региона. Четвертое издание выходит в свет в 2013 году, давая обоснованный повод надеяться, что удастся обеспечить ежегодное и соответственно периодическое издание данного журнала.

Четвертое издание отражает идею юридического журнала – содействовать юридическому диалогу между представителями различных юридических профессий, тем самым способствуя региональному и межрегиональному обмену мнениями. Нам удалось привлечь высокоинтеллектуальные статьи, еще более повысив таким образом юридический уровень нашего журнала. Среди авторов представлены почти все юридические группы, что обеспечило плюрализм мнений. Преподавателями университетов рассматриваются как академические вопросы, так и практические проблемы в деятельности адвокатов и судей.

Четвертое издание Южнокавказского журнала посвящено теме справедливого судопроизводства. После процессуально-правовой темы, рассмотренной во втором издании журнала («Правовая защита против решений административных органов»), процессуальное право вновь является предметом обсуждения, на сей раз уже в европейском измерении. Процессуальные гарантии занимают особое место в выполнении предписаний Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Они содержат порой весьма подробные регуляции, выходящие за рамки традиционных конституционно-правовых понятий государств – членов Совета Европы. Соответственно процессуальные права чаще всего являются предметом рассмотрения Европейского суда по правам человека. Наиважнейшее положение среди процессуальных гарантий занимает часть первая статьи 6 Конвенции, в сконцентрированном виде регулирующая общие гарантии по уголовным и гражданским делам, тогда как части 2 и 3 статьи 6 Конвенции содержат специфические гарантии уголовно-процессуального права. Дальнейшие процессуальные гарантии закреплены в статье 5 Конвенции. Для охватываемых сфер статья 13 Конвенции регулирует об-

## Editorial

This is the fourth edition of the South Caucasus Law Journal, since 2010, when it first saw the light of day and was very positively received within and beyond the region. The fourth edition is published in 2013 giving rise to a well-founded hope that this will be an annual practice henceforth.

The fourth edition is the realisation of the rationale behind the law journal – to contribute to legal discourse between the representatives of various legal professions and at the same time further regional and international exchange. We managed to attract highly intellectual articles taking the journal to a higher level. The contributors represent almost all legal spheres, which ensured the diversity of ideas. Academic issues are discussed by lecturers of universities while practical challenges to the activities of lawyers and judges are dealt with as well.

The fourth edition of the South Caucasus Law Journal is dedicated to the topic of a fair trial. After the discussion on procedural law in the second edition of the Journal (“Legal Protection against the Decisions of Administrative Bodies”), the topic re-emerges as the subject of discourse, this time from the European perspective. Procedural guarantees have particular significance due to the obligations under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. They sometimes contain very detailed regulations, going beyond the frameworks of traditional understanding of constitutional concepts of the Member States of the Council of Europe. The procedural rights are therefore usually the subject matter of the European Court of Human Rights. The most important provisions among the procedural rights under the Convention are concentrated in Article 6. para. 1 providing general standards for criminal and civil proceedings, whereas paras. 2 and 3 of Article 6 of the Convention contain specific safeguards for criminal proceedings. Further procedural rights are encompassed by Article 5 of the Convention. Article 13 of the Convention guarantees the right to an effective remedy against illegal acts related to the enjoyment of Convention rights.

In the past, the case law of the European Court of Human Rights on Article 6 of the Convention caused the creation of great challenges for the Member States of the Council of Europe, including Armenia, Azerbaijan and Georgia. In the light of the broad interpretation of the

щие гарантии эффективного обжалования нарушений конвенционных прав.

Судебная практика Европейского суда по правам человека относительно статьи 6 Конвенции в прошлом отчасти стала причиной высокой загруженности судебных систем государств – членов Совета Европы, к которым принадлежат Азербайджан, Армения и Грузия. Ввиду экспансивного толкования сферы применения конвенционной статьи 6 Европейский суд по правам человека в значительной степени повлиял на процессуальные гарантии многих государств – членов Совета Европы, и в первую очередь посредством правовой защиты в сфере административного права. Закрепленные в Конвенции процессуальные гарантии создают основу европейских стандартов административного контроля.

Наряду со статьями, которые должны были придерживаться основной темы четвертого издания, данное издание Южнокавказского журнала, подобно предыдущим, включает следующие разделы: Из обзора судебной практики („Case Law Review“), Замечания по судебным решениям („Comments on court decisions“), Отчеты („Report“). Рецензии („Book Review“) завершают данное издание.

В то время как четвертое издание находилось еще в стадии заключительного редактирования, начались работы по привлечению авторов к работе над пятым изданием. Это издание, основной темой которого согласно решению Конференции судей от 07.06.2013 года выбрано «Демократическое законодательство», должно увидеть свет осенью 2014 года. В нем предполагается затронуть вопросы парламентского права, прав политических партий, иерархии норм и прочие.

Др. Норберт Бернсдорфф,  
судья Федерального Социального суда,  
Кассель, ФРГ

scope of application of Article 6 of the ECHR, the European Court made a significant impact on procedural rights of many CoE Member States through legal remedies in the sphere of administrative law. The procedural rights under the Convention create the basis for the application of the European standards of administrative review.

Along with the articles which adhere to the main topic of the fourth edition, the present issue of the South Caucasus Law Journal like previous editions contains “Case Law Review” and “Comments on Court Decisions”. “Report” and “Book Review” conclude the present edition.

When the fourth edition was still at the stage of final editing, efforts have begun to attract contributors to the fifth edition, due to be published in the autumn of 2014. In accordance with the decision of the Conference of Judges, which was held on 7 June 2013, the main topic of the fifth edition will be “Democratic Legislation”. The fifth edition will be dealing with, *inter alia*, parliamentary law, rights of political parties, hierarchy of legal provisions, etc.

Dr. Norbert Bernsdorff  
Judge of the Federal Court on Social Issues  
Kassel, Germany

Геворг Багдасарян<sup>1</sup>

## Проблемы судебного разбирательства в отсутствие подсудимого в уголовно-процессуальном производстве РА в контексте права на справедливое судебное разбирательство

*статья посвящена одной из важнейших проблем уголовно-процессуального производства – судебному разбирательству в отсутствие подсудимого в контексте обеспечения права на справедливое судебное разбирательство. Важное место в статье занимает исследование теоретических проблем производства в отсутствие подсудимого, в рамках которого автор обращается к содержанию понятия “производство в отсутствие” и его соотношению с понятием “заочное судебное разбирательство”, и делает вывод об их схожести. Автор считает, что не только практические, но и теоретические проблемы производства в отсутствие подсудимого должны быть исследованы в контексте права на справедливое судебное разбирательство для верного восприятия их сущности и правильных суждений о них. В статье представлена также позиция Европейского суда по правам человека относительно предмета проблемы и в аспекте этой позиции рассматриваются практические проблемы производства в отсутствие подсудимого в уголовно-процессуальном производстве РА. Автор статьи в результате соответствующего анализа обосновывает необходимость предусмотрения в уголовно-процессуальном производстве РА производства в отсутствие подсудимого в соответствии с европейскими критериями.*

### I. Введение

Право на справедливое судебное разбирательство является сложным комплексом процессуальных прав, одним из элементов которого является право каждого участвовать в разбирательстве касающегося его дела. Последнее является вторичным элементом права на справедливое судебное разбирательство. Оно непосредственно создает условия для обеспечения

равенства инструментов и права на защиту в уголовно-процессуальном производстве, которые и являются первичными элементами права на справедливое судебное разбирательство. Проще говоря, это право имеет значение для справедливости производства не непосредственно, а постольку, поскольку является исключительно объективным условием обеспечения конкуренции и практической реализации права на защиту в производстве.

Подобное суждение, однако, не может умалять значение этого процессуального права подсудимого ни на практическом, ни на теоретическом уровне, так как тем самым в действительности значительным образом обуславливается справедливость судебного разбирательства и, соответственно, ненадлежащая реализация этого права безоговорочно приводит к нарушению права на справедливое судебное разбирательство. В этом аспекте неопределима, конечно, важность систематизированного исследования как теоретических, так и практических проблем производства в отсутствие подсудимого.

### II. Общетеоретическая характеристика производства в отсутствие подсудимого

Актуальность исследования чисто теоретических проблем, связанных с производством в отсутствие подсудимого, обусловлена не только тем обстоятельством, что они формируют теоретическую базу исследования практических проблем, но и тем, что они сами по себе вызывают серьезный научный интерес на теоретическом уровне, в особенности, если учесть проблемный характер большинства из них. Результаты изучения специальной литературы свидетельствуют, что нет единого подхода к сущности производства в отсутствие подсудимого, его содержанию, месту в уголовно-процессуальном производстве. И в этом аспекте, прежде всего, считаем необходимым пояснение соотношений, циркулирующих в теории понятий “производство в отсутствие” и “заочное судебное разбирательство”.

Большинство юристов рассматривают производство в отсутствие подсудимого и заочное судебное разбирательство в качестве синонимов.

Так, Т. В. Трубникова хотя специально и не анализирует соотношение этих понятий, однако такой ее подход очевиден даже в заглавии ее исследования.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Прокурор Прокуратуры административного округа Шенгавит города Еревана.

<sup>2</sup> Трубникова Т. В. Рассмотрение дела в отсутствие подсудимого (заочное производство) в системе упрощенных судебных уголовно-процессуальных производств РФ. Вестник ТГУ, 2008.-№315, с. 127.



Это понятие не дифференцируют также Н. В. Масликова<sup>3</sup> и А. С. Тукиев.<sup>4</sup>

А. А. Казаков также, не дифференцируя указанные понятия, выделяет 4 вида заочного судебного разбирательства, предусмотренных Уголовно-процессуальным кодексом РФ: 1) судебное разбирательство дел по тяжким и особо тяжким преступлениям в отсутствие подсудимого; 2) судебное разбирательство дел по преступлениям небольшой или средней тяжести; 3) судебное разбирательство дела об умершем лице; 4) судебное разбирательство в отсутствие подсудимого, удаленного из зала заседаний за нарушение порядка в судебном заседании.<sup>5</sup>

По мнению Е. Г. Бендерской, судебное разбирательство в отсутствие подсудимого – это разбирательство по существу уголовного дела при фактическом отсутствии подсудимого в ходе всего судебного разбирательства или его части. А заочное судебное разбирательство автор квалифицирует в качестве особого вида судебного разбирательства, который предполагает разбирательство уголовного дела в отсутствие подсудимого в случае неявки последнего в судебное разбирательство и в результате которого, как правило, выносится заочный приговор суда.<sup>6</sup> Автор фактически вмещает в понятие “производство в отсутствие” все те случаи, когда процессуальное действие по той или иной причине производится в отсутствие подсудимого. В соответствии с таким подходом Е. Г. Бендерская кроме вышеперечисленного включает в институт производства в отсутствие подсудимого также: 1) разбирательство уголовного дела в случае удаления подсудимого из зала судебных заседаний во время допроса другого подсудимого; 2) разбирательство уголовного дела в случае удаления подсудимого из зала судебных заседаний во время допроса несовершеннолетних свидетелей и потерпевших; 3) разбирательство уголовного дела в случае удаления несовершеннолетнего подсудимого из зала судебных заседаний при расследовании обстоятельств, которые могут оказать на него негативное воздействие.<sup>7</sup>

То есть, по мнению автора, заочное судебное разбирательство соотносится с производством в отсутствие подсудимого как часть с целым, так как включает только те случаи производства в отсутствие подсудимого, когда причиной отсутствия является

неявка подсудимого в суд, а также в результате этого заочное вынесение приговора суда.

Такую узкую квалификацию заочному судебному разбирательству дает и Д. Т. Арабули, определяя, что заочное судебное разбирательство в установленных уголовно-процессуальным законом случаях является судебным разбирательством в отсутствие подсудимого, который ходатайствовал о разбирательстве данного дела в свое отсутствие, либо когда подсудимый, уведомленный надлежащим образом, отказывается от явки в суд или обеспечение его присутствия невозможно вследствие отсутствия последнего в стране.<sup>8</sup>

“Производству в отсутствие” соответствует понятие *trial in absentia*. *In absentia* означает “в отсутствие кого-либо”.<sup>9</sup> Понятие “производство в отсутствие” в его буквальном значении в действительности является широким понятием и может включать все те случаи, когда судебное разбирательство по уголовному делу осуществляется без фактического участия подсудимого. Этимологически термин “заочное” означает далекий, дальний, а также как что-то, имеющее место, совершаемое, состоявшееся в отсутствие лица, непосредственно связанного с делом, действием, явлением и прочим.<sup>10</sup> То есть, термин “заочное судебное разбирательство” также, по сути, означает отсутствие подсудимого в судебном разбирательстве.

Как уже отмечалось, в рамках производства в отсутствие подсудимого основанием выделения “заочного судебного разбирательства” являются только причина отсутствия подсудимого и заочное вынесение в результате производства приговора суда. Однако, с уверенностью можно отметить, что с точки зрения соотношения с правом на справедливое судебное разбирательство причина отсутствия подсудимого в судебном разбирательстве не имеет существенного значения, так как во всех случаях имеем дело с такими определенными оговорками в отношении этого комплексного принципа, которые имеются именно в связи с отсутствием подсудимого в судебном разбирательстве, а не с причиной их отсутствия. Следовательно, ни в теоретическом аспекте и ни из применения этого института с практической точки зрения не понятно, почему причина отсутствия подсудимого в судебном разбирательстве должна предопределять выделение “заочного судебного разбирательства” в рамках “производства в отсутствие”. То же самое можно сказать и о другом обстоятельстве, заложенном в основу дифференциации этих понятий, – о заочном вынесении приговора суда. Считаем, что также

<sup>3</sup> Масликова Н.В. Заочное рассмотрение дела по УПК РФ в редакции федерального закона от 27 июля 2006 года, Электронный каталог библиотеки юридического факультета СПбГУ. <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1251834>

<sup>4</sup> Тукиев А. С. Проблемы процессуальной формы заочного уголовного судопроизводства. АКД, Караганда, 2005.

<sup>5</sup> Казаков А. А. Заочное судебное разбирательство уголовных дел. АКД. Екатеринбург. 2009, с. 14.

<sup>6</sup> Бендерская Е. Г. Рассмотрение уголовного дела в отсутствие подсудимого. АКД. Москва, 2010, с. 9.

<sup>7</sup> Бендерская Е. Г. Рассмотрение уголовного дела в отсутствие подсудимого. АКД. Москва, 2010, с. 15.

<sup>8</sup> Арабули Д. Т. Заочное производство по уголовным делам: история и современность, учеб. Пособие. Науч. ред. д.ю.н., проф. Гуськова А.П. Челябинск, “Полиграф-Мастер”, 2007. с.112.

<sup>9</sup> Black's Law Dictionary. (8th edition, 2004). Thomson/ West.

<sup>10</sup> Агаян Э.Б., Толковый словарь современного армянского языка. Ереван, изд. “Айастан”, 1976, с.859.

не является логичной и разумной конкретизация некоторых случаев по указанному основанию, так как на предварительной стадии вынесения приговора суда подсудимый как таковой в аспекте справедливого судебного разбирательства не пользуется значимыми процессуальными правами, следовательно, с точки зрения обеспечения этого принципа вновь не устанавливается, отсутствовал ли подсудимый при самом судебном разбирательстве или на предварительной стадии вынесения приговора суда, так как действие принципов, обеспечивающих справедливость судебного разбирательства, в максимальной мере проявляется на центральных стадиях судебного разбирательства в связи с расследованием обстоятельств дела. По нашему мнению, в основе дифференциации понятий “производство в отсутствие” и “заочное судебное разбирательство” заложены совершенно формальные критерии, в условиях которых дифференциация этих понятий более всего напоминает игру слов, особенно, если принять во внимание, что они, по существу, имеют схожее языковое значение. *Следовательно, по нашему мнению, понятия “производство в отсутствие” и “заочное судебное разбирательство” имеют одинаковое значение и соотносятся как синонимы.*

Как стало видно, не совпадают также подходы вышеуказанных авторов и к содержанию понятия “производство в отсутствие”.

Возвращаясь к выделяемым Е. Г. Бендерской случаям, когда допрос в суде несовершеннолетнего свидетеля, пострадавшего, а также другого подсудимого производится в отсутствие подсудимого или определенные обстоятельства расследуются в отсутствие несовершеннолетнего подсудимого, мы выражаем свое несогласие с тем, чтобы они рассматривались в качестве проявления производства в отсутствие подсудимого. Интересно в связи с этим мнение А. А. Казакова о том, что объединение определенных производств в рамках понятия производства в отсутствие обусловлено тем обстоятельством, что каждому из них присущ объективно обусловленный отсутствием подсудимого в зале судебных заседаний отказ в определенном объеме от фундаментальных принципов и условий уголовно-процессуального производства. На основании такого подхода автор также не разделяет мнение относительно включения представленных выше случаев в понятие производства в отсутствие.<sup>11</sup>

Приемля логику, заложенную в основу подхода А. А. Казакова, отметим, что, по нашему мнению, в вопросе прояснения критерия выделения производства в отсутствие подсудимого необходимо проявить более содержательный подход, то есть, не принимать

за критерий формальное наличие общего условия судебного разбирательства, а исходить из того, ограничиваются ли в результате этого фундаментальные свободы человека или нет. В случае принятия как критерия чисто формальное отсутствие общего условия судебного разбирательства присутствие подсудимого в судебном разбирательстве в качестве проявления производства в отсутствие подсудимого рассматривается также судебное разбирательство в случае смерти подсудимого.

По нашему мнению, во всех случаях, в том числе в рамках анализа чисто теоретических проблем, понятие “производство в отсутствие” следует рассматривать в контексте права на справедливое судебное разбирательство, как это было сделано в случае проблемы его соотношения с понятием “заочное судебное разбирательство”. И правомерно, что проблема производства в отсутствие подсудимого возникла именно в связи с правом на справедливое судебное разбирательство. А толкование содержания понятия “производство в отсутствие”, исходя также из формального обстоятельства фактического отсутствия подсудимого в той или иной части судебного разбирательства, приводит к распространенному неуместному толкованию этого понятия, в результате чего в него искусственным образом включаются также случаи, когда отсутствие подсудимого в производстве не связано с правом на справедливое судебное разбирательство ни на теоретическом уровне, ни с точки зрения практического обеспечения этого права.

Так, нормы уголовно-процессуальных кодексов как РФ, так и РА, устанавливающие совершение судебных действий при отсутствии подсудимого, во всех этих случаях для возвращения подсудимого в зал судебных заседаний предусматривают его право на ознакомление с показаниями, данными в его отсутствие, и на ознакомление вопросов свидетелям, давшим показания. В данном случае отсутствие подсудимого во время допроса свидетеля, пострадавшего или другого подсудимого либо исследования других обстоятельств является чисто техническим решением, направленным, в частности, на обеспечение дачи этими лицами непринужденных показаний или на нейтрализацию негативного воздействия определенных обстоятельств на несовершеннолетнего подсудимого. Непосредственно после совершения этого действия подсудимый, удаленный из зала судебных заседаний, уведомляется относительно результатов совершенного действия, то есть о данных показаниях или других исследованных обстоятельствах, и может задавать вопросы. То есть, в этих случаях не имеет место какая-либо оговорка в отношении права подсудимого на справедливое судебное разбирательство. То же самое можно сказать и о производстве по уго-

<sup>11</sup> Казаков А. А. Заочное судебное разбирательство уголовных дел. АНД. Екатеринбург. 2009, с. 14.

ловному делу в случае смерти подсудимого. В этом случае имеет место специфический случай отсутствия подсудимого, а конкретнее – невозможности его присутствия, что также не вмещается в понятие “*trail in absentia*” в случае его рассмотрения в контексте права на справедливое судебное разбирательство. Здесь также имеем дело с чисто формальным фактическим отсутствием подсудимого, что не вступает в конфликт с соответствующими компонентами права лица на справедливое судебное разбирательство, так как в этом случае отсутствие подсудимого не имеет альтернативы. В этом случае отсутствия подсудимого установленные для “*trail in absentia*” прецедентной практикой Европейского суда дополнительные гарантии обеспечения справедливого судебного разбирательства вследствие объективной невозможности их распространения на данный случай не действуют.

Таким образом, для уточнения содержания понятия “*trail in absentia*”, или “производство в отсутствие” отправное значение имеет соотношение отсутствия подсудимого и его права на справедливое судебное разбирательство. Производство в отсутствие подсудимого – это судебное разбирательство уголовного дела в отсутствие подсудимого, которое сопровождается определенными оговорками в отношении права на справедливое судебное разбирательство.

Проблема места производства в отсутствие подсудимого в уголовно-процессуальном производстве, которая также была изначально предусмотрена для рассмотрения, преимущественно приводит к тому, имеем ли мы дело при производстве в отсутствие с самостоятельным видом производства, на чем настаивают некоторые авторы?

Так, Т. В. Трубникова выдвигает следующие признаки самостоятельного уголовно-процессуального производства:

1. наличие соответствующей материально-правовой базы данного производства, которая объективным образом требует различия в законодательном регулировании;
2. комплексный характер производства, то есть наличие на всех стадиях уголовно-процессуального производства (или хотя бы на некоторых) определенных особенностей в деятельности правоохранительных органов;
3. наличие в сравнении с обычным производством существенных особенностей, которые, в конце концов, приведут к изменению форм деятельности по этим делам.

В результате анализа рассматриваемого института в аспекте этих критериев автор приходит к заключению о том, что заочное судебное разбирательство яв-

ляется самостоятельным уголовно-процессуальным производством.<sup>12</sup>

Е. Г. Бендерская также считает заочное судебное разбирательство самостоятельным видом судебного разбирательства, тогда как другие проявления производства в отсутствие подсудимого, вопрос которых рассмотрен выше, таковыми не считает, так как в случае последних имеющиеся в порядке судебного разбирательства особенности несущественны.<sup>13</sup> Разбирательство и разрешение уголовного дела в отсутствие подсудимого в качестве самостоятельного специального производства рассматривается и А. А. Казаковым.<sup>14</sup>

То, что судебное разбирательство в отсутствие подсудимого имеет существенные особенности, бесспорно. Они непосредственно обусловлены отсутствием подсудимого в судебном разбирательстве, в результате которого по существу изымается ряд процессуальных действий с участием подсудимого. Но всегда ли особенности производства свидетельствуют о существовании самостоятельного вида производства? Ответ на этот вопрос предполагает обращение к проблеме соотношения понятий “вид производства” и “дифференцированная процессуальная форма”. Сразу же отметим, что вопрос производства в отсутствие подсудимого как самостоятельного вида производства исследуется в теории как раз в аспекте сущности дифференциации формы уголовно-процессуального производства, проблем ее критериев<sup>15</sup>, то есть, по нашему убеждению, с позиций того неприемлемого подхода, согласно которому в результате дифференциации формы уголовно-процессуального производства возникают виды производства.

В результате систематизированного анализа Уголовно-процессуального кодекса РА можем выделить следующие три вида уголовного производства:

- а/ производство по уголовному делу, то есть разбирательство по уголовному делу, предметом которого является обвинение и в результате которого суд должен определить виновность или невиновность лица;
- б/ промежуточное и дополнительное производство, то есть производства, которые осуществляются в процессе производства по уголовному делу или для защиты прав и законных интересов участников судебного разбирательства на стадии исполнения приговора суда;

<sup>12</sup> Трубникова Т. В. Рассмотрение дела в отсутствие подсудимого (заочное производство) в системе упрощенных судебных уголовно-процессуальных производств РФ. Вестник ТГУ, 2008.-№315. с. 127-129.

<sup>13</sup> Бендерская Е. Г. Рассмотрение уголовного дела в отсутствие подсудимого. АҚД. Москва 2010, с. 17.

<sup>14</sup> Казаков А. А. Заочное судебное разбирательство уголовных дел. АҚД. Екатеринбург. 2009, с. 20.

<sup>15</sup> Тукиев А. С. Проблемы процессуальной формы заочного уголовного судопроизводства. АҚД. Караганда, 2005, с. 10.б).

в/ особые виды производства.

Какое-либо из них не является результатом дифференциации по отношению к другому и является не дифференцированной процессуальной формой, а самостоятельным видом производства. И в общем самостоятельные виды производства возникают не вследствие дифференциации формы осуществления одного из видов, а их возникновение обусловлено необходимостью защиты определенных прав этим способом. Различные виды производства имеют разные цели, между тем как в аспекте дифференциации процессуальной формы имеются только различные способы достижения единой цели конкретного вида производства. Так, например, производство по уголовным делам осуществляется в связи с обвинением для выяснения виновности или невиновности лица, а промежуточные производства осуществляются в ходе судопроизводства, исходя из необходимости защиты отдельных прав его участников, – например, когда в суде обжалуется действие органа уголовного преследования (статья 290 УПК РА). Это самостоятельные виды производства, так как они имеют такое существенное отличие, каковым является их предмет, который в одном случае является предъявленным обвинением, в другом случае – фактом нарушения конкретного права в результате конкретного процессуального действия или решения. Различается также их цель.<sup>16</sup>

Таким образом, для того чтобы считать особенности процессуальной деятельности самостоятельными видами производства, необходимо, чтобы они касались таких определяющих виды признаков, какими являются предмет и цель производства. Если же эти существенные особенности имеют место в пределах одного и того же вида производства и предполагают всего лишь дополнительный, специфический способ достижения одинаковых целей производства, то в данном случае мы имеем дело не с видом производства, а с дифференцированной процессуальной формой осуществления одного и того же вида производства.

Рассматривая судебное разбирательство в отсутствие подсудимого в контексте такого подхода, заметим, что в этом случае предмет процессуальной деятельности по существу остается тот же – обвиняемый, и эта деятельность опять-таки осуществляется для выяснения обоснованности обвинения. То есть и в случае осуществления судебного разбирательства в отсутствие подсудимого оно остается судопроизводством по уголовному делу, которое, однако, в данном случае осуществляется не в обычной, а в специфической процессуальной форме, которая проявляется в

отсутствии подсудимого в судебном разбирательстве и следующих из этого определенных особенностях. Для сравнения отметим, что самостоятельным видом производства не является также ускоренный порядок судебного разбирательства, в случае которого судебное разбирательство также осуществляется с тем же предметом и с той же целью, но в особой процессуальной форме, являющейся исключением из общей и основной процессуальной формы.

На основании настоящего теоретического анализа можем установить, что *производство в отсутствие подсудимого является специфической процессуальной формой судебного разбирательства по уголовному делу, которое предполагает судебное разбирательство по уголовному делу в отсутствие подсудимого, что сопровождается определенными оговорками в отношении права на справедливое судебное разбирательство.*

### III. Производство в отсутствие подсудимого в международных правовых документах

Право участия лица в судебном разбирательстве, касающегося его дела на разных уровнях, нашло свое выражение в ряде международно-правовых документов. Так, пункт 3 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах<sup>17</sup> непосредственно устанавливает, что каждый при расследовании предъявленного ему любого уголовного обвинения на основе полного равноправия в числе иных минимальных гарантий имеет право быть судимым в своем присутствии и защищать себя лично (...).

В статье 6 Конвенции о защите прав и основных свобод человека<sup>18</sup> право личного присутствия в судебном разбирательстве особо не указывается, но реализация предусмотренного в ней ряда минимальных прав обвиняемого на практике возможна в случае фактического присутствия обвиняемого в судебном разбирательстве. Именно в этом проявляется вторичное место права участия подсудимого в судебном разбирательстве в ряду составных элементов права на справедливое судебное разбирательство. Это право является предпосылкой для обеспечения других прав, в частности, возможности реализации права на допрос свидетелей, давших против него показания, или права быть услышанным. Однако, так как абсолютная обязательность присутствия подсудимого в судебном разбирательстве дела объективно связана с, мягко говоря, неуместной затянутостью разбирательства уголовных дел, международные правовые документы обращаются и к возможности судебного производства в отсутствие подсудимого.

<sup>16</sup> Подробнее об этом: Багдасарян Г. По вопросу восприятия понятия “Дифференциация формы уголовно-процессуального производства”, Вестник Ереванского университета, 2011, № 135.36 с. 68-76.

<sup>17</sup> 16 декабря 1966 г.

<sup>18</sup> 4 ноября 1950 г.

Комитет министров Совета Европы в предисловии к Резолюции 75(11) “О критериях, регулирующих производство в отсутствие подсудимого”<sup>19</sup> устанавливает, что во всех случаях не должно исключаться упрощение производства без слушаний по некоторым преступлениям небольшой тяжести, и провозглашает следующие критерии производства в отсутствие подсудимого:

1. Дело ни одного лица не может быть рассмотрено, если до этого оно эффективно в течение времени, позволяющего ему явиться в суд и подготовить свою защиту, не было оповещено повестками, если только не будет установлено, что оно преднамеренно стремилось избежать правосудия.
2. Повестки должны указывать на последствия неявки обвиняемого на разбирательство.
3. Когда суд установит, что обвиняемому, который не явился на разбирательство, была вручена (*atteint*) повестка, он должен распорядиться о том, чтобы разбирательство было отложено, если сочтет, что личное присутствие обвиняемого является обязательным или если есть основания полагать, что у него возникли препятствия для явки.
4. Дело обвиняемого не должно рассматриваться в его отсутствие, если возможно и желательно перенести разбирательство на территорию другого государства или обратиться с запросом о выдаче.
5. Когда дело обвиняемого рассматривается в его отсутствие, доказательства должны собираться обычными способами, а защита должна иметь право вмешиваться в этот процесс.
6. Судебное решение, принятое в отсутствие обвиняемого, должно быть доведено до его сведения в соответствии с правилами вручения повесток для явки в суд, и период времени для обжалования не должен начинаться ранее, чем лицо, в отношении которого вынесен приговор, не получит эффективного уведомления о вынесенном судебном решении, если только не будет установлено, что оно намеренно стремилось избежать правосудия.
7. Каждый, чье дело рассматривалось в его отсутствие, должен иметь возможность обжаловать это судебное решение любыми доступными ему средствами, если бы он присутствовал.
8. Лицо, дело которого было рассмотрено в его отсутствие и которому не была вручена повестка в должной и надлежащей форме, должно иметь правовое средство защиты, позволяющее ему аннулировать судебное решение.

В рекомендации Комитета министров Совета Европы “Об упрощении уголовного правосудия” №R (87) 18<sup>20</sup> провозглашается, что Комитет, принимая во внимание, что совместные действия по ускорению и упрощению уголовного правосудия должны соответствующим образом учитывать требования, изложенные в частности в статьях 5 и 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, предлагает, чтобы государства-члены предоставили возможность судам первой инстанции рассматривать дела и выносить по ним решения в отсутствие подсудимого по делам, относящимся к нетяжким правонарушениям, и при назначении наказания учитывать, что подсудимый в надлежащем порядке был уведомлен о времени судебного слушания и о своем законном праве присутствия или присутствия в ином порядке.

К производству в отсутствие подсудимого обращается также Европейский суд по правам человека в своих вердиктах по ряду дел. Не останавливаясь на позиции Европейского суда относительно важности рассматриваемого права, отметим, что суд установил, что “судебное разбирательство в отсутствие подсудимого принципиально несовместимо с Конвенцией (...). (...), закон должен суметь предотвратить неоправданное «удаление из производства» (*Poitrimol v. France*, 31, 35)<sup>21</sup>. Хотя и в пункте 1 статьи 6 об этом не упоминается, в целом из задач и целей статьи 6 следует, что лицо, которому предъявлено уголовное обвинение, имеет право участвовать в рассмотрении дела. Более того, подпункты (c), (d) и (e) пункта 3 гарантируют каждому лицу, которому предъявлено уголовное обвинение, право “защищать себя лично”, “допрашивать свидетелей, давших против него показания, или иметь право, чтобы этих свидетелей допросили”, “пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает язык, используемый в суде, или не говорит на этом языке”, и трудно представить, как он будет осуществлять эти свои права без своего присутствия (*Colozza v. Italy*<sup>22</sup>, 27; *Monnel and Morris v. The United Kingdom*<sup>23</sup>, 58; *Ekbatani v. Sweden*<sup>24</sup>, 25; *Zana v. Turkey*<sup>25</sup>, 68; также сходное с ними *Stanford v. The United Kingdom*<sup>26</sup>, 26).

Тем не менее, Европейский суд не исключает возможность производства в отсутствие подсудимого и устанавливает для таких случаев определенные критерии. Суд, прежде всего, обращает внимание на уведомление не явившегося в производство обвиняемого, устанавливая, что “уведомление о судебном разбирательстве является (...) юридическим действием,

<sup>20</sup> 17 сентября 1987 г.

<sup>21</sup> 23 ноября 1993 г., *Application no. 14032/88*.

<sup>22</sup> 12 февраля 1985 г., *Application no. 9024/80*.

<sup>23</sup> 15 февраля 2005 г., *Application no. 6841/01*.

<sup>24</sup> 26 мая 1988 г., *Application no. 10563/83*.

<sup>25</sup> 25 ноября 1997 г., *Application no. 18954/91*.

<sup>26</sup> 23 февраля 1994 г., *Application no. 16757/90*.

<sup>19</sup> 19 января 1973 г.

которое имеет такое значение, которое должно соответствовать определенным условиям, относящимся к его сущности и форме, которые будут в состоянии обеспечить эффективное осуществление прав обвиняемого (...). Неофициальная и туманная информированность недостаточна" (Т. с. *Italic*, 28).<sup>27</sup>

Европейский суд установил также, что тогда, когда внутригосударственное законодательство допускает проведение судебного разбирательства в отсутствие лица, которому "предъявлено уголовное обвинение" (...), это лицо, когда ему становится известно о судебном разбирательстве, должно иметь возможность того, чтобы рассмотревший его дело суд вновь обратился в этом делу (*Colozza*, 29). Касаясь наличия этого требования в случае отказа подсудимым от явки в судебное разбирательства и права защиты в нем, Европейский суд устанавливает, что даже в этом случае для того, чтобы такой отказ был учтен по смыслу Конвенции, он должен быть недвусмысленным и обеспеченным минимальными гарантиями, соответствующими его тяжести (*Poitrimol*, 31).

Особое внимание Европейский суд уделил также обеспечению права защиты подсудимого в случае его отсутствия в судебном разбирательстве, а конкретнее – вопросу участия защитника, Суд, в частности, установил, что (...) факт неявки, хотя и приглашенного в надлежащем порядке обвиняемого в суд, не должен оправдывать лишения права на участие защитника в деле, даже в случае отсутствия объяснения (...) (*Pelladoah v.*<sup>28</sup>, 40; *Lala v. The Netherlands*<sup>29</sup>, 33; *Poitrimol*, 34).

Обвиняемый не лишается права воспользоваться услугой защитника лишь на том основании, что он отсутствовал на слушаниях. Выполнение законных требований о присутствии обвиняемых в судебном заседании может быть обеспечено иными средствами, чем лишение права на защиту. (*Van Geysseghem v. Belgium*<sup>30</sup>, 34).

Таким образом, в целом и прецедентной практике Европейского суда, и позиции Комитета министров Совета Европы присуще совершенно отрицательное отношение к производству в отсутствие подсудимого. В них, как правило, в первую очередь акцентируется обеспечение при возможности участия подсудимого в судебном разбирательстве и исключение его удаления из производства. Однако, одновременно производство в отсутствие подсудимого рассматривается в качестве одного из хотя и принимаемых в крайних случаях приемлемых решений тех проблем, которые объективным образом возникают в результате за-

тягивания разбирательств по уголовным делам. Конечно, возможность производства в отсутствие подсудимого не является и не может быть абсолютной хотя бы постольку, поскольку генетически связана с практическим обеспечением права на справедливое судебное разбирательство.

#### IV. Производство в отсутствие подсудимого в уголовно-процессуальном производстве РА

Присутствие подсудимого в судебном разбирательстве является важным не только для обеспечения права на справедливое судебное разбирательство, но и для полного и целостного раскрытия всех обстоятельств дела. Участие в судебном разбирательстве рассматривается не только в качестве права подсудимого, но и обязанности последнего. При этом оно в качестве обязанности имеет целью обеспечить его реализацию в качестве права. Не останавливаясь на теоретическом анализе этого в значительной мере интересного оборота, отметим, что участие в производстве в качестве права и участие в качестве обязанности не исключают друг друга, так как и отсутствие как обязанность во всех случаях предусматривается для определенных случаев, и то в крайних случаях.

В рамках небольшого исторического обзора отметим, что производство в отсутствие подсудимого в уголовно-процессуальном производстве Республики Армения всегда играло определенную роль. Прежде всего оно применялось в силу действия в Первой Республике Армения Уголовно-процессуального уложения 1864 года. Производство в отсутствие подсудимого также было предусмотрено в Уголовно-процессуальном кодексе СССР 1961 года, статья 239 которого устанавливала, что разбирательство дела в отсутствие подсудимого допускается: 1) когда подсудимый находится вне пределов границ СССР и избегает явки в суд; 2) когда подсудимый ходатайствует о рассмотрении в его отсутствие дела о таком преступлении, за которое в качестве наказания не может быть назначено лишение свободы. Статья 254 того же Кодекса допускает продолжение судебного разбирательства в отсутствие подсудимого также в случае удаления последнего из зала судебных заседаний за повторное нарушение порядка судебного заседания.

Возможность производства в отсутствие подсудимого предусмотрена также в Модельном уголовно-процессуальном кодексе<sup>31</sup> в случае, если подсудимый избегает явки в суд, а также по его ходатайству по делам о преступлениях незначительной или средней тяжести. Однако действующий Уголовно-процес-

<sup>27</sup> М. ДЕ Сальвия. Прецеденты Европейского суда по правам человека. СПб., "Юридический центр-пресс", с. 558.

<sup>28</sup> 22 сентября 1994 г., *Application no. 16737/90*.

<sup>29</sup> 22 сентября 1994 г., *Application no. 14861/89*.

<sup>30</sup> 21 января 1999 г., *Application no. 26103/95*.

<sup>31</sup> Принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств, Санкт-Петербург, 17 февраля 1996 г.

суальный кодекс<sup>32</sup> в своем первоначальном тексте полностью отказался от идеи производства в отсутствие подсудимого. Оно было предусмотрено только в результате текущих законодательных изменений в связи с случаем, когда подсудимый удаляется из зала судебных заседаний за нарушение порядка судебного заседания и разбирательство дела продолжается в отсутствие подсудимого. Так, согласно статье 302 Уголовно-процессуального кодекса РА судебное разбирательство производится с участием подсудимого, явка которого в суд обязательна, за исключением случая, предусмотренного частью 6 статьи 314.1 того же Кодекса. А важное для настоящего исследования положение указанной статьи следующее: "Повторное воспрепятствование подсудимым нормальному ходу судебного заседания на одном и том же судебном заседании или невыполнение им законных распоряжений председательствующего в суде является основанием для применения санкции, предусмотренной пунктом 2 части первой настоящей статьи, в случае которой рассмотрение дела продолжается в отсутствие подсудимого, однако приговор суда оглашается в присутствии подсудимого или после оглашения приговора передается ему незамедлительно". Только этот вид производства в отсутствие подсудимого предусматривается также проектом нового Уголовно-процессуального кодекса РА.

Возникает вопрос, насколько этот вид производства в отсутствие подсудимого соответствует представленным выше европейским критериям? Как мы уже видели, производство в отсутствие подсудимого допускается в двух, тем более крайних случаях: когда участие лица невозможно обеспечить объективно вследствие того, что он скрывается от органа, осуществляющего производство, и когда лицом четко заявлено об отказе от права участия в судебном разбирательстве. То есть ненадлежащее поведение подсудимого само по себе не является обстоятельством, приводящим к возможности производства в отсутствие подсудимого. Такое поведение не может иметь значения также для оценки отказа лица от права на участие. Подход к тому факту, что в данном случае лицо своим поведением само лишает себя возможности реализации своего права на справедливое судебное разбирательство и фактически отказывается пользоваться в надлежащем порядке своим правом на справедливое судебное разбирательство, не следует из выдвинутого Европейским судом критерия, согласно которому отказ от участия должен быть четким и недвусмысленным и не должен следовать из определенного проявления поведения лица. Уголовно-процессуальный кодекс для этого случая производства в отсутствие подсудимого предусмо-

трел только одну дополнительную гарантию, как то: обязательное участие защитника в том случае, когда судебное разбирательство после удаления подсудимого из зала судебных заседаний продолжается в его отсутствие (пункт 11, часть 1, статья 69 УПК РА).

Уголовно-процессуальный кодекс РА вопреки вышерассмотренному случаю не предусмотрел два принятых в советском уголовно-процессуальном производстве и в настоящее время также более распространенных классических варианта производства в отсутствие подсудимого, основания которых, как мы видели, нашли свое выражение также в прецедентной практике Европейского суда. Речь, конечно, идет о производстве в отсутствие лица, избегающего разбирательства, или лица, которое четко заявило суду об отказе от права участия в судебном разбирательстве. При этом, как мы видели, причина этого вовсе не в том, что Уголовно-процессуальный кодекс РА считает принципиально неприемлемыми определенные оговорки в отношении права на справедливое судебное разбирательство в качестве проявления производства в отсутствие подсудимого. Думается, что в этих условиях предусмотренность указанных случаев производства в отсутствие подсудимого станет совершенно оправданной, если учесть хотя бы несколько из теоретически обоснованных положительных сторон производства в отсутствие подсудимого, как то: производство в отсутствие подсудимого способствует разбирательству уголовных дел в разумный срок, позволяет обеспечить право пострадавшего на доступность правосудия и возмещение ущерба и сблизить моменты совершения преступления и осуществления судебного разбирательства, а также исключает необоснованное истечение сроков давности и прочее.<sup>33</sup>

Фактически объективная необходимость производства в отсутствие подсудимого в целом обусловлена необходимостью реальной гарантии защиты законных интересов пострадавшего, так как право на справедливое судебное разбирательство в определенной мере относится и к потерпевшему. В связи с этим Кассационный суд РА зафиксировал, что конституционная формулировка "для восстановления (...) своих нарушенных прав" в определенной мере относима и к пострадавшему (а также правопреемнику пострадавшего) по уголовному делу, так как пострадавший является тем лицом, права которого нарушаются в результате преступления. При этом в пределы правомерных интересов пострадавшего входит восстановление причиненного ему ущерба, полное раскрытие обстоятельств причинившего ему ущерб деяния и верная его уголовно-правовая квали-

<sup>32</sup> 1 июля 1998 г.

<sup>33</sup> Казаков А. А. Заочное судебное разбирательство уголовных дел. АҚД. Екатеринбург. 2009, с. 16.

фикация, осуждение совершившего в его отношении преступление лица и назначение ему справедливого наказания. Одной из гарантий обеспечения этих интересов является право потерпевшего на то, чтобы судебное разбирательство по его делу проходило “с соблюдением всех требований справедливости”.<sup>34</sup>

То есть судебное разбирательство в отсутствие подсудимого предполагает *оговорки в отношении права на справедливое судебное разбирательство во имя справедливого судебного разбирательства. Считаем, что проект Уголовно-процессуального кодекса РА должен был предусмотреть указанные случаи производства в отсутствие подсудимого в соответствии с вышеуказанными европейскими критериями с таким обоснованием.*

В своем отношении к институту, являющемуся предметом проблемы, Уголовно-процессуальный кодекс РА не учел не только необходимость сбалансированной гарантии права на справедливое судебное разбирательство подсудимого и потерпевшего, но и особенности производства в судах разной инстанции, не предусмотрев в результате этого также возможность производства в отсутствие подсудимого в апелляционной инстанции. Так, согласно пункту 23 части 3 статьи 390 Уголовно-процессуального кодекса РА в судебном заседании в Апелляционном суде в обязательном порядке участвуют (...) подсудимый, который подал протест, или его защитник или законный представитель, подавшие протест в защиту его интересов либо прокурор, внесший протест не в пользу подсудимого.

В проекте нового Уголовно-процессуального кодекса РА участие участников судопроизводства, в том числе и подавшего протест подсудимого, не считается обязательным только в упрощенном апелляционном производстве. А в апелляционном производстве по обычному порядку участие лица, подавшего протест, обязательно. В случае неявки надлежащим образом уведомленного лица, подавшего протест, в судебное заседание дважды по неуважительной причине апелляционный протест остается без рассмотрения (статья 409 проекта). Проектом в основу такого решения по аналогии со статьей 32 Европейской Конвенции по существу заложена идея пассивного отказа от протеста, согласно которой протест оставляется без рассмотрения, если обстоятельства приводят к такому заключению, что податель протеста не намерен добиваться разрешения своего протеста.

Здесь уместно обратить внимание на многократно возникающий в правоприменительной практике вопрос, как поступать при обстоятельствах современно-го правового регулирования в случае, когда подавший

протест подсудимый четко выражает свое намерение не принимать участие в апелляционном производстве? Обеспечение участия в производстве по пересмотру судебного акта лица, реализующего свое дискреционное право, с применением единственного установленного законом средства – процессуального принуждения является, мягко говоря, абсурдом. Неприемлемо также предлагаемое в проекте решение с точки зрения реальной и эффективной реализации права на пересмотр судебного акта, касающегося лица.

Апелляционное опротестование судебного акта является дополнительной гарантией защиты прав участников судопроизводства, которое они используют исключительно по субъективному усмотрению. Если учесть также ограниченный характер апелляции, то есть, что пределы апелляционного производства определяет сам податель протеста своим апелляционным протестом, думаем, что бесспорным будет то, что участие подсудимого в апелляционном производстве может и не иметь такого же значения, что его участие в разбирательстве дела в суде первой инстанции. Это обстоятельство принято и в Европейском суде, установившем, что личное присутствие подсудимого в апелляционной инстанции не имеет (...) такого значения, как в первой инстанции (*Kamasinski v. Austria*<sup>35</sup>, 106; *Kremzow v. Austria*<sup>36</sup>, 58). В этих условиях, особенно учитывая также дискреционность апелляционного производства и его ограниченный характер, думаем, что совершенно приемлемо и объективно необходимо предусмотреть возможность производства в отсутствие подсудимого на основании четкого волеизъявления лица также в апелляционной инстанции.

## V. Заключение

Анализ международных правовых документов относительно производства в отсутствие подсудимого позволяет выделить следующие основные критерии правомерности этого института:

1. Надлежащее уведомление подсудимого, включающее в себя все возможные средства для обеспечения участия подсудимого в производстве. Европейский суд никогда не сочтет созвучным смыслу Конвенции производство в отсутствие подсудимого в случае, когда повестки отправлены, но не предприняты все необходимые меры для выяснения, преднамеренно ли лицо избегает правосудия, и меры по обеспечению его присутствия в суде.
2. Отсутствие подсудимого в судебном разбирательстве, даже в случае его преднамеренного

<sup>34</sup> См. Постановление Кассационного суда РА по делу EShD/0097/01/09 Тиграна Камалаяна от 28 марта 2010 г., пункты 18-20.

<sup>35</sup> 19 декабря 1989 г., Application no.9783/82.

<sup>36</sup> 21 сентября 1993 г., Application no.12350/86.



уклонения, не предусматривает отказ от права на защиту и не может становиться основанием для осуществления производства в отсутствие подсудимого, а также защитника. Более того, в случае отсутствия подсудимого для обеспечения по возможности равенства инструментов предполагается повышение процессуальных возможностей защитника.

3. Подсудимый, за исключением случая, когда он дал четкий отказ от права участия в судебном разбирательстве, должен иметь право на повторное рассмотрение своего дела судом, рассмотревшим это дело, получив тем самым возможность доказательства, что его отсутствие не было обусловлено намерением избежать участия.

4. Подсудимый должен иметь право на пересмотр судебного акта, вынесенного в его отсутствие.

Законодательный орган РА принципиально сочтя приемлемой и принимая идею производства в отсутствие подсудимого, не обратил достаточного внимания на европейские критерии относительно проблемы, в результате чего предусмотрел по существу недопустимый вариант производства в отсутствие подсудимого. Думаем, что продолжающиеся судебно-правовые преобразования должны включать также институт производства в отсутствие подсудимого и проявляться как в исключении недопустимого случая производства в отсутствие подсудимого, так и в законодательном закреплении двух допустимых классических вариантов.

## Анализ уголовно-процессуального законодательства Азербайджанской Республики сквозь призму «разумного срока»

### I. Введение

*Одним из основных направлений судебно-правовых реформ в Азербайджанской Республике является адаптация национального законодательства к европейским стандартам с учетом местных условий. В этом случае, наряду с отражением прав и основных свобод человека в законах, основной целью является определение действенных средств для их защиты. Статья, представленная вашему вниманию, посвящена значению института разумного срока, его правовым основам, а также анализу сроков, данных в уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджанской Республики через призму разумного срока.*

### II. Значение «разумного срока» и правовое обоснование

Срок является одним из приоритетных вопросов процессуального законодательства, в частности, он имеет большое значение с точки зрения торжества справедливости на суде. Как отмечается в одной английской максиме, «запоздалая справедливость – отказанная справедливость» (Justice delayed, justice denied).

Решение № 5 Верховного суда Азербайджанской Республики от 30 марта 2006 года («О применении положений Европейской Конвенции по защите прав и основных свобод человека и прецедентов Европейского суда по правам человека во время ведения судебного разбирательства») стало поворотным пунктом в реализации судебно-правовых реформ, и в этом решении была дана рекомендация при рассмотрении судом уголовных дел руководствоваться, наряду с внутренним законодательством, международными конвенциями, в особенности положениями Европейской Конвенции по защите прав и основных свобод человека. Также было определено в качестве

императивной нормы, что согласно третьему абзацу второй части вышеупомянутого решения: «В случаях нарушения прав и свобод человека и гражданина суды, наряду с национальным законодательством, также должны руководствоваться положениями Конвенции и в этом случае, ссылаясь на практику Европейского суда по правам человека».

Согласно части первой статьи 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) Европейской Конвенции по защите прав и основных свобод человека от 1950 года (далее именуется как Конвенция), «Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела **в разумный срок** независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона». После тщательного толкования данного положения Конвенции становится ясно, что разумный срок применяется только к судебным процедурам, связанным с уголовными делами. Однако, согласно некоторым решениям Европейского суда по правам человека (далее именуется как Европейский суд), становится известно, что разумный срок касается не только судебного этапа, но и предварительного расследования дела (в Деле Девейера против Бельгии Европейский суд постановил, что разумный срок должен исчисляться с момента предъявления обвинения лицу)<sup>2</sup>.

Что в таком случае означает разумность срока? И как определяются его рамки на основе прецедентов Европейского суда?

Тщательно проанализировав понятие разумного срока, в первую очередь, мы сталкиваемся с вопросом значения термина «разумный» или «укладывающийся в разум». В качестве философской категории термин «разумный» подразумевает способность субъекта располагать восприятием и вести нормальную и сознательную деятельность, а также определять, систематизировать и выявлять смысл содержания внутренних и внешних связей вещей и событий<sup>3</sup>.

Значит, категория «разумного» относится к случаю мышления обычных людей, имеющих нормальные жизненные условия и способных оценивать вещи и события согласно обычным логическим правилам, а не только тех, которые обладают высоким интеллектом. В силу этой причины, когда мы говорим «разумность», то в сознании участников процесса должна возникать мысль, в какой именно максимальной временной рамке вопрос найдет свое решение в зависимости от сложности дела, а также отношения сторон к делу и друг к другу. Слово «reasonable» («разумный»),

<sup>1</sup> Старший преподаватель кафедры уголовного процесса Полицейской Академии Министерства внутренних дел Азербайджанской Республики, капитан полиции, диссертант Центра судебной экспертизы Министерства юстиции Азербайджанской Республики

<sup>2</sup> Deveyer Belçikaya qarşı, 27 fevral 1980, &44.

<sup>3</sup> Рабиева Э.В., Реализация принципа разумности в уголовном процессе России, стр.1 <http://www.iuaj.net/book/export/html/463>

использованное в английском варианте статьи 6 Конвенции, в Толковом словаре английского языка означает «соответствующий логике»<sup>4</sup>.

Наряду с философским смыслом разумного срока, его правовое значение и основы также важны для законодательства и правоохранительных органов, которые его применяют. Ввиду того, что понятие разумного срока не дано в национальном законодательстве, мы, руководствуясь решением № 5 Верховного суда Азербайджанской Республики от 30 марта 2006 года, будем ссылаться на прецеденты Европейского суда. В отличие от Уголовно-процессуального кодекса Азербайджанской Республики, путем внесения дополнений и изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации на основе федерального закона 63-ФЗ от 4 мая 2010 года была введена статья 6.1 «Разумный срок уголовного судопроизводства» и, таким образом, было сформулировано понятие разумного срока и уточнено время начала и завершения этого срока. Итак, согласно третьему пункту этой статьи, разумный срок начинается с момента начала осуществления уголовного преследования до момента прекращения уголовного преследования или вынесения обвинительного приговора, а также учитываются такие обстоятельства, как правовая и фактическая сложность уголовного дела, поведение участников уголовного судопроизводства, достаточность и эффективность действий суда, прокурора, руководителя следственного органа, следователя, начальника подразделения дознания, органа дознания, дознавателя, производимых в целях своевременного осуществления уголовного преследования или рассмотрения уголовного дела, и общая продолжительность уголовного судопроизводства.

Наряду с описанием положений статьи 6 Конвенции, в частности, важности рассмотрения дела в разумный срок и его правового толкования, во многих решениях Европейского суда указано содержание процессуальных нарушений на национальном уровне, а также пути выхода из такой ситуации<sup>5</sup>. Независимо от случаев, определенных по делу, Европейский суд, проверяя соблюдение положений о разумном сроке, определяет момент начала срока (*dies a quo*) и момент завершения (*dies ad quem*).

В Деле Ньюместера против Австрии момент начала разумного срока был определен с момента предъявления обвинения этому лицу. Содержание обвинения было объявлено в Деле Девейера против Бельгии: «Объявление официальными органами (органами уголовного преследования) лицу о совершении како-

го-нибудь преступления с его стороны или представление извещения об этом считаются предъявлением обвинения»<sup>6</sup>.

Судебный прецедент, связанный с разумным сроком в Деле Филиппа Бертина-Муро против Франции, определен четким образом. Так например, в решении отмечено, что срок, указанный в первом пункте статьи 6 Конвенции, исчисляется с момента официального обвинения лица или с необходимых действий, начатых обвинительным органом для того, чтобы считать лицо подозреваемым в данном деле (то есть с начала принятия соответствующих мер)<sup>7</sup>. Тем самым, этот срок начинается во время предварительного следствия до рассмотрения дела в суде. Необходимые действия (меры) включают арест (заключение) лица, представление извещения в официальном порядке о совершении какого-нибудь преступления (объявления обвинения) или предварительного следствия (уголовного преступления)<sup>8</sup>.

Подытоживая прецеденты Европейского Суда, связанные с *dies a quo*, мы приходим к заключению о том, что данное время отличается от момента начала срока по разным делам, как указано ниже: момент принятия решения о начале предварительного расследования<sup>9</sup>; момент вынесения решения об аресте<sup>10</sup>; момент вынесения решения о розыске<sup>11</sup>; момент фактического ареста лица<sup>12</sup>; дата предъявления обвинения лицу; момент отмены права лица на неприкосновенность<sup>13</sup>; момент предъявления извещения лицу о начале предварительного следствия или представления уголовного дела в суд<sup>14</sup> и т.д.

Определение момента завершения разумного срока (*dies ad quem*) представляется более простым. Так например, согласно позиции Европейского суда, завершение срока в национальных процедурах совпадает с моментом вынесения решения судом последней инстанции, рассматривающим данное дело<sup>15</sup>.

Конкретные критерии для определения разумного срока в рамках момента начала и завершения указаны в прецедентах. Так например, в Деле Фридендера против Франции критерии, связанные с разумностью срока, приведены ниже:

1. сложность дела;
2. поведение заявителя;

<sup>4</sup> Oxford advanced learner's dictionary of current English. A.S. Hornby. Fifth edition. Editor Jonathan Crowther, p.970

<sup>5</sup> Neumester v. Austria 27 June 1968, &18; Foti and others (merits) v. Italy and Corigliano v. Italy 10 December, 1982, &52 and &34 etc.

<sup>6</sup> Neumester v. Austria 27 June 1968, &18; Deweer v. Belgium, 27 February 1980, &44.

<sup>7</sup> Philippe Bertin-Mouroit v. France, 2 August 2000, &52.

<sup>8</sup> Hozee v. The Netherlands 22 May 1998, &43; Reinhardt and Slimane-Kaid v. France, 31 March 1998, &93.

<sup>9</sup> Ringeisen v. Austria. 16 July 1971, &110; Motta v. Italy, 19 February 1991, &17.

<sup>10</sup> Boddaert v. Belgium, 12 October 1992, &35.

<sup>11</sup> Coeme and others v. Belgium, 22 June 2000, &133

<sup>12</sup> Yagci and Sargin v. Turkey, 8 June 1995, &58

<sup>13</sup> Frau v. Italy, 19 February 1991, &14

<sup>14</sup> Ficara v. Italy, 19 February 1991, &14; Adiletta and others v. Italy, 19 February 1991, &15

<sup>15</sup> Vernillo v. France, 20 February 1991, &29.

3. действия соответствующего властного органа (наделенного полномочием принятия решений);
4. риски, которым может быть подвергнут заявитель<sup>16</sup>.

Считаем, что Европейский суд сохранил полномочие определения разумности срока, истекшего для рассмотрения уголовного дела, или решения по делу в рамках национальных процедур, именно на основе этих критериев ЕСПЧ и обеспечил свободу странам-членам принять во внимание внутренние условия путем неустановления конкретных сроков.

### III. Общие положения относительно срока в Уголовно-процессуальном кодексе Азербайджанской Республики и разумный срок

Невозможно представить бессрочным уголовное судопроизводство. Отражение срока в законе, с одной стороны, служит своевременной и эффективной организации деятельности органов, ведущих уголовный процесс, с другой стороны, создает условия для обеспечения прав и свобод участников процесса.

Глава XXIV Уголовно-процессуального кодекса Азербайджанской Республики (далее именуется как УПК) «Сроки в уголовном судопроизводстве» отражает общие положения относительно разных сроков, указанных в законе и касающихся всего процесса.

Согласно статье 202.1 УПК, эти сроки исчисляются часами, сутками, месяцами и годами. Несмотря на то что исчисление срока неделями не указано в общих положениях, только в одной статье УПК использована диспозиция нормы. Статья 59.2 гласит: «По требованию лица, оправданного судом, или в отношении которого уголовное преследование прекращено: суд или следственный орган обязан в **двухнедельный срок** сообщить об этом на прежнее или нынешнее место его работы, место учебы, место жительства». Считаем, что эта норма по своему содержанию идентична соответствующему пункту статьи 7 (под названием «Компенсация физического и морального ущерба, причиненного физическим лицам в результате незаконных действий органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда») закона Азербайджанской Республики № 610-IQ от 29 декабря 1998 года О компенсации физического и морального ущерба, причиненного физическим лицам в результате незаконных действий органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда (данный закон был принят за два года до УПК), и, кроме того, эта норма добавлена в УПК в той форме, какой она содержится в этом законе.

В статье 202 УПК отражен также способ исчисления сроков. Так например, когда исчисляются сроки

во время уголовного судопроизводства, час и день, которыми начинается исчисление срока, не принимаются в расчет, причем, когда сроки исчисляются днями, срок начинается в 12 часов ночи первых суток и истекает в 12 часов ночи последних суток срока<sup>17</sup>. Когда сроки исчисляются месяцами и годами, срок истекает в соответствующий день последнего месяца срока, а если нет соответствующего числа в этом месяце, то срок истекает в последние сутки этого месяца.

В целом, если истечение срока не попадает на рабочий день, то днем окончания срока считается первый следующий за тем рабочий день<sup>18</sup>. Мы считаем, что это положение закона создает условия для нарушения прав подозреваемого и обвиняемого лица. Для обоснования нашей точки зрения достаточно рассмотреть положение УПК о сроке задержания подозреваемого лица. Согласно статье 148.4 УПК, срок задержания подозреваемого лица составляет 48 часов, и этот срок ни в коем случае не может быть продлен. Однако, применив вышеуказанную норму, выходит, что если окончание срока не попадает на рабочий день (например, попадает на выходной или праздничный день), то срок задержания считается законченным на следующий день, а это означает, что подозреваемое лицо фактически проводит не 48 часов, а 72 часа в месте временного задержания. То же самое касается и обвиняемого лица, относительно которого арест выбран как мера пресечения. Было бы целесообразным в будущем пересмотреть эту норму и определить особые правила для исчисления срока касательно лиц, содержащихся как в местах временного задержания, так и в следственном изоляторе.

Для эффективного обеспечения прав участников уголовного процесса статья 203 УПК предоставляет им право для обращения за восстановлением срока, пропущенного ими. Так например, согласно этой статье, срок, пропущенный во время уголовного судопроизводства по уважительной причине, может быть восстановлен постановлением органа, осуществляющего уголовный процесс, по ходатайству или просьбе заинтересованного лица. Кроме того, если срок обжалования постановления органа, осуществляющего уголовный процесс, истек, исполнение этого постановления может быть приостановлено по ходатайству или просьбе указанного лица до разрешения вопроса о восстановлении пропущенного срока. Считаем, что данное положение закона является одним из оптимальных средств для эффективного обеспечения прав и свобод человека и гражданина с точки зрения сроков.

<sup>16</sup> Frydlander v. France [GC], 27 June 2000, &43

<sup>17</sup> Стоит напомнить, что согласно статье 7.0.35 УПК, ночное время означает с 22 часов вечера по местному времени до 7 часов утра.

<sup>18</sup> Azərbaycan Respublikası Cinayət – Prosesual Məcəlləsi, 2000, Bakı, Qanun nəşriyyatı, maddə 202.3., səh. 166

Хотя понятие разумного срока не используется в главе XXIV УПК «Сроки в уголовном судопроизводстве», а также в других положениях, связанных со сроком, мы видим правовые нормы, где прямо или косвенно отражаются его требования. Так например, в статье 48 УПК «Обеспечение быстроты производства по уголовному делу» усматриваются элементы разумного срока. Согласно первому пункту этой статьи, производство по уголовному преследованию должно быть начато (*dies a quo*) и окончено (*dies ad quem*) дознавателем, следователем, прокурором или судом в сроки, предусмотренные настоящим кодексом, таким образом, чтобы обеспечить своевременное получение и исследование доказательств и лицам не ждать чрезмерно долго предъявления им обвинения, рассмотрения дела и восстановления нарушенных прав<sup>19</sup>.

Во время разбирательства по уголовному делу в уголовно-процессуальном законодательстве соблюдение сроков и выполнение именно определенных обязанностей в течение данного срока определяются как требования к органу, ведущему уголовный процесс<sup>20</sup>. К тому же, это обязательство (соблюдение срока) относится не только к суду (оно возлагается на суд согласно статье 6 Конвенции), но и к дознавателю, следователю и прокурору<sup>21</sup>.

#### IV. Этапы уголовного процесса и разумный срок

Со дня поступления информации о совершенном или готовящемся преступлении проводятся более двухсот процессуальных действий сложного характера в целях предварительного следствия и рассмотрения дела в суде. Конечно, ведение этих действий в бессистемном порядке, без разделения их на части и этапы, не только не создаст возможности выполнять обязанности, стоящие перед правосудием, но и грубо нарушит требования своевременного и эффективно обеспечения прав и свобод участников процесса. Поэтому уголовный процесс делится на этапы на основе серьезных критериев, определенных в правовой литературе. Эти критерии таковы: каждый этап должен иметь независимую цель и задачи; разный объем критериев для участников; процессуальные сроки; различие в процессуальных отношениях; перечень принимаемых решений и составляемых документов<sup>22</sup>.

Этапы уголовного процесса в уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджанской Республики не предусмотрены прямо ни в какой норме, но в правовой литературе ученые-процессуалисты профессор Мирага Джафаркулиев, В.В.Вандышев и П.А.Лупинская определили 6 основных и 2 исключительных этапа уголовного процесса<sup>23</sup>. Последовательность основных и исключительных этапов уголовного процесса следующая: 1) возбуждение уголовного дела; 2) предварительное следствие и дознание (предварительное расследование); 3) передача дела в суд (подготовительная часть судебного разбирательства); 4) рассмотрение в суде и вынесение приговора; 5) судопроизводство в Апелляционном суде; 6) исполнение приговора; 7) судопроизводство в кассационной инстанции; 8) судопроизводство по новым выявленным случаям.

Каждый этап уголовного процесса сам по себе может состоять из нескольких частей или этапов. Например, предварительное расследование может состоять из дознания и предварительного следствия; рассмотрение в суде – из подготовительного заседания, судебного расследования, выступления сторон, последнего слова обвиняемого лица и вынесения приговора. Однако, при анализе этапов через призму разумного срока мы примем за основу сроки, определенные в уголовно-процессуальном законодательстве для всего этапа, не принимая в расчет части и этапы.

Основной целью возбуждения уголовного дела является предварительная проверка органом уголовного преследования поступившей криминальной информации, определение наличия признаков преступления и в случае достаточного числа оснований решение вопроса (принятие решения) о возбуждении уголовного дела. Согласно статье 207 УПК, срок предварительного рассмотрения информации о совершенном или готовящемся преступлении, поступившей от физических или юридических лиц, а также информации, касающейся его полномочий и отраженной в средствах массовой информации, представленной вместе с документами, определяется следующим образом:

**1) Немедленно:** это положение закона относится к случаю возбуждения уголовного дела прокурором по выявленным преступлениям или факту, отраженному в статье 209 УПК. Считаем, что здесь термин «немедленно» соответствует принципу разумного срока и подразумевает возбуждение уголовного дела безо всяких опо-

<sup>19</sup> Azərbaycan Respublikası Cinayət –Prosessual Məcəlləsi, 2000, Bakı, Qanun nəşriyyatı, maddə 48.1., 48.1.1., 48.1.2., səh.29. Мы напомнили, что определения того же содержания встречаются в делах, рассмотренных Европейским Судом в связи с нарушением статьи 6 Конвенции.

<sup>20</sup> Azərbaycan Respublikası Cinayət –Prosessual Məcəlləsi, 2000, Bakı, Qanun nəşriyyatı, maddə 8.0.3., 48.2., səh.10, 29-30.

<sup>21</sup> Azərbaycan Respublikası Cinayət –Prosessual Məcəlləsi, 2000, Bakı, Qanun nəşriyyatı, maddə 48.1., səh.29.

<sup>22</sup> Вандышев В.В. Уголовный процесс, Общая и особенная части, М., 2009, с. 11.

<sup>23</sup> Mirağa Cəfərquliyev. Azərbaycan Respublikasının Cinayət Prosesi, Dərslik, Qanun nəşriyyatı, 3-cü nəşr, Bakı, 2008, səh.19; Вандышев В.В. Уголовный процесс, Общая и особенная части, М., 2009, с.12; П.А.Лупинская П.А. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации, учебник, 2-ое издание, М., Норма, 2009, с. 26-28.

зданий в неотложном порядке (то есть в каждом случае не позднее 24 часов). Выявленное преступление означает преступление, совершенное лицом, указанным виновным в первоначальной информации при очевидных обстоятельствах<sup>24</sup>.

**2) 3 дня или 10 дней:** этот срок предназначен для проверки дополнительной информации в необходимых случаях (осмотр места события, взятие показаний пострадавшего, свидетелей и т.д.) и фактически является достаточным для определения наличия признаков преступления в происшедшем событии;

**3) 20 дней:** данный срок применяется в случае необходимости мнения эксперта для проверки поступившей информации. Однако, согласно статье 207.4 УПК, до возбуждения уголовного дела запрещается проведение других следственных действий, кроме осмотра места происшествия. Принимая во внимание тот факт, что назначение и проведение экспертизы является следственным действием, в таком случае возникает противоречие между статьей 207.1.2 и статьей 207.4. Во избежание такого рода противоречий в будущем предлагаем в законе, наряду с осмотром места, предусмотреть также норму, позволяющую проводить экспертизу до возбуждения уголовного дела.

**4) 30 дней:** при рассмотрении поступившей информации этот срок применяется в случае необходимости проверки деятельности юридического лица с использованием специальных знаний в области науки, техники, искусства и других профессиональных областей (или аудиторской проверки).

Этот этап завершается принятием решения о возбуждении уголовного дела, давая тем самым начало этапу предварительного расследования. Согласно статье 7.0.22 УПК, предварительное расследование представляет собой досудебное производство по уголовному делу в виде предварительного следствия и дознания.

Срок проведения дознания 10 дней, и этот срок не может быть продлен в любом случае. В отличие от предварительного следствия, срок дознания исчисляется не со дня возбуждения уголовного дела, а с момента поступления информации о преступлении<sup>25</sup>. Однако, даже если практические работники считают такое исчисление срока и в целом кра-

ткость срока проблемой, то на самом деле это положение закона полностью отвечает требованиям разумного срока.

Срок предварительного следствия регулируется статьей 218 УПК, и этот срок исчисляется со дня возбуждения уголовного дела и заканчивается днем передачи дела в суд или решения о прекращении судопроизводства. Первоначальные сроки предварительного следствия определяются по категориям преступлений: 2 месяца по преступлениям, не представляющим большой общественной опасности, 3 месяца по преступлениям небольшой тяжести, 3 месяца по тяжким преступлениям и 4 месяца по особо тяжким преступлениям. Согласно уголовно-процессуальному законодательству, эти сроки могут быть продлены решением вышестоящего прокурора соответственно три раза: ввиду сложности, особой сложности и исключительной сложности уголовного дела.

Значение и рамки сложности, особой сложности и исключительной сложности регулируются УПК, но мы считаем, что эти критерии носят просто ступенчатый, этапный характер. Так например, если первоначальные сроки недостаточны для всестороннего, полного и объективного расследования дела, этот срок продлевается, принимая во внимание критерий сложности, и если сроки, связанные со сложностью, недостаточны в той же последовательности, срок продлевается на основе особой сложности и в случае недостаточности последнего применяется критерий исключительной сложности.

Вполне естественно, что законодательство определяет конец срока предварительного следствия в законодательстве, то есть его последние сроки. Так например, согласно статье 218.10 УПК, в любом случае предварительное следствие должно завершиться не позднее 6 месяцев по преступлениям, не представляющим большой общественной опасности, 9 месяцев по преступлениям небольшой тяжести, 12 месяцев по тяжким преступлениям и 18 месяцев по особо тяжким преступлениям.

Определение срока предварительного следствия по категориям преступлений в законодательстве считаем позитивным, так как оно не противоречит принципу разумного срока, но фактически срок следствия в основном зависит не от категории преступлений, а скорее от случаев дела. Например, убийство (преднамеренное убийство человека) супруги из-за ревности на глазах у соседей является тяжким преступлением, но его расследование ссылается на более удобный и короткий срок в отличие от расследования преступления, не представляющего большой общественной опасности, например, как кража денег или собственности в объеме, не превышающем 1000 манат (статья 177.1 Уголовного кодекса).

<sup>24</sup> Azərbaycan Respublikası Konstitusiyası Məhkəməsi Plenumunun 12 yanvar 2011-ci il tarixli «Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsinin 293.1-cü maddəsinin və 293.0.4-cü maddəsinin bəzi müddəalarının şərh edilməsinə dair» Qərarı. 20-ci abzas

<sup>25</sup> Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsi, 2000, Bakı, Qanun nəşriyyatı, maddə 295.1., səh.238.

Сроки, предусмотренные в законодательстве для судебного этапа в уголовном судопроизводстве, определены следующим образом:

1. Подготовительный этап суда – подготовительное заседание проводится в течение 15 дней со дня передачи уголовного дела в суд, а судебное рассмотрение дела назначается в течение 15 дней со дня проведения подготовительного заседания. Тем самым, в целом, подготовительное заседание суда (этап передачи дела в суд) завершается в течение 30 дней.
2. Судебное разбирательство и вынесение приговора – законодательство не предусматривает какое-нибудь положение в связи с этим вопросом. Срок судебного разбирательства по уголовному делу определяется самим судом в зависимости от сложности дела, числа участников и эпизодов, то есть рамки разумного срока рассмотрения дела в суде регулируются самим судьей.
3. Производство в апелляционной инстанции – жалоба на приговоры суда первой инстанции, не вступившие в законную силу, подается в течение 20 дней с момента объявления приговора, судебное рассмотрение в апелляционном суде назначается в течение 30 дней после поступления материалов уголовного дела в суд, тогда как срок судебного рассмотрения не определяется четким образом в законе и остается в компетенции суда.
4. Производство в суде кассационной инстанции – срок подачи жалобы на решение суда апелляционной инстанции, вступившего в законную силу, требует максимум 18 месяцев.

Таким образом, проанализировав уголовно-процессуальное законодательство, регулирующее все этапы уголовного судопроизводства, можно прийти к заключению о том, что сроки производства, определенные в Уголовно-процессуальном кодексе Азербайджанской Республики, полностью соответствуют требованиям принципа разумного срока.

## V. Заключение

Подытоживая наши рассуждения через призму анализа «разумного срока» в уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджанской Республики, можно отметить следующее:

1. Как и отмечено в статье 6 Конвенции, «разумный срок» охватывает не только судебный этап, но и этапы возбуждения уголовного дела и предварительного расследования.
2. Хотя требование разумного срока прямо не указано в уголовно-процессуальном законодатель-

стве, элементы разумного срока содержатся в статье 48 УПК «Обеспечение быстроты производства по уголовному преследованию».

3. Сроки, определенные в законе для этапов уголовного процесса, достаточно ясны и отвечают требованиям разумного срока.

## Европейская Конвенция по правам человека и понятие уголовного обвинения в уголовно-процессуальном кодексе Азербайджанской Республики

### I. Введение

Из первой части статьи становится известно, что искусственное сужение содержания понятия обвинения в Уголовно-процессуальном кодексе Азербайджанской Республики (далее именуется УПК) лишает права определенную группу лиц получать правовую помощь, предусмотренную УПК, а также права на защиту, включая право требовать судебного рассмотрения. Во второй части статьи исследуется отражение понятия уголовного обвинения в Европейской Конвенции по правам человека (ЕКПЧ) и практика регулирования данного вопроса Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ). В последней части статьи предлагается решение проблемы в уголовно-процессуальном законодательстве.

### II. Постановка проблемы – уголовное обвинение в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджанской Республики

#### 1. Понятие преступления в уголовном законодательстве Азербайджанской Республики

В статье 14.1 Уголовного кодекса Азербайджанской Республики (далее именуется как УК) дается понятие преступления: *“Преступлением признается виновно совершенное общественно опасное деяние (действие или бездействие), запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания”*. Азербайджанское законодательство предусматривает следующие условия для того, чтобы рассматривать деяние как преступление: 1) **общественное опасное деяние** – Согласно статье 14.2 УК, *не является преступлением деяние (действие или бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опас-*

*ности, то есть не причинившее и не создавшее угрозы причинения вреда личности, обществу или государству; 2) деяние, предусмотренное в Уголовном кодексе* – Согласно статье 5.1 УК, *преступность деяния (действия или бездействия), а также наказание за это деяние и иные меры уголовно-правового характера определяются только настоящим Кодексом; 3) совершение деяния, будучи виновным; 4) деяние, наказуемое как преступление.*

#### 2. Понятие обвинения в уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджанской Республики

В статье 7.0.20 УПК дается следующее определение обвинения: *“Обвинение—настаивание в порядке, установленном настоящим Кодексом, на том, что лицо совершило конкретное деяние, предусмотренное уголовным законом”*. Понятия, определяющие обвинение в правовой литературе стран бывшего Советского Союза, составляют однозначность именно с понятием обвинения в законодательстве. Процессуальная деятельность, которая выявляет факт совершения преступления лицом, привлеченным к уголовной ответственности, и назначает ему справедливое наказание, называется обвинением.<sup>2</sup> Под обвинением понимается настаивание определенного лица на совершении преступления в порядке, определенном уголовно-процессуальным законом, которое направлено на реализацию уголовной ответственности, отражено в процессуальном акте прокурора и органа по предварительному расследованию или же в заявлении пострадавшего лица.<sup>3</sup> Обвинение – это деятельность полномочного органа и лиц, направленная на раскрытие преступления, доказательство виновности конкретного лица, совершившего преступление, и служащая обеспечению правильного решения судом вопроса ответственности в правильной форме.<sup>4</sup>

Исходя из вышеприведенных цитат, становится ясно, что законодательство и правовая доктрина ограничивают понятие обвинения настоянием на совершении преступления или доказательством лица в совершении преступления. Проблемная сторона данного вопроса заключается в том, что законодательство занимает именно такую позицию. В результате возникают противоречия и пустоты между нормой понятия обвинения, данной законодательством, и другими нормами.

Согласно статье 90.1 УПК, в качестве подозреваемого признается: *лицо, в отношении которого приня-*

<sup>1</sup> Магистрант 1-го курса факультета права Бакинского Государственного Университета.

<sup>2</sup> Cəfərquliyev M.Ə., Azərbaycan Respublikasının cinayət prosesi, Dərslik, Bakı, Qanun, 2008, s 17.

<sup>3</sup> Vəliyev X.R., Dövlət ittihamının müdafiə edilməsinin müasir problemləri, Monoqrafiya, Bakı, Hərbi Nəşriyyatı, 2012, s 23.

<sup>4</sup> Кобликова А.С. Уголовный процесс, М., 1995, с 42.



то постановление о задержании для предъявления ему обвинения; лицо, задержанное ввиду подозрения в совершении преступления; лицо, в отношении которого принято постановление об избрании меры пресечения, за исключением ареста, залога и домашнего ареста. Понятие обвиняемого лица дается в статье 91.1 УПК: «Обвиняемым признается физическое лицо, в отношении которого следователем, прокурором или судом принято постановление о привлечении в качестве обвиняемого». Согласно законодательству, если лицо не обладает статусом подозреваемого или обвиняемого лица и его допрашивают о совершенном преступлении, то оно не считается обвиняемым. Такие случаи бывают на практике. В решении Конституционного Суда Азербайджанской Республики (далее именуется КС) от 5 августа 2009 года «О толковании статьи 449.2.3 Уголовно-процессуального кодекса Азербайджанской Республики» отмечается, что согласно статье 90.1 УПК, в качестве подозреваемого признаются: лицо, в отношении которого принято постановление о задержании для предъявления ему обвинения; лицо, задержанное ввиду подозрения в совершении преступления; лицо, в отношении которого принято постановление об избрании меры пресечения, за исключением ареста, залога и домашнего ареста. Согласно статье 91.1, обвиняемым признается физическое лицо, в отношении которого следователем, прокурором или судом принято постановление о привлечении в качестве обвиняемого. В то время как А.Мадатов не был признан как подозреваемое или обвиняемое лицо по этим статьям и ввиду того, что наличие содержания статей 186.2.2 и 306.1 в его деяниях не было доказано в следственных материалах, в его отношении было принято решение о прекращении уголовного преследования и судопроизводства по уголовному делу. Такое решение может быть принято только относительно подозреваемого и обвиняемого лица. Сам по себе этот случай указывает на то, что фактически А.Мадатов был в положении одного из этих лиц. Необходимо учесть, что согласно статьям 90.7.20, 91.5.30 и 449.2.1 УПК, и подозреваемое, и обвиняемое лица имеют право обжаловать решения или действия (бездействия) должностных лиц, ведущих уголовный процесс.<sup>5</sup>

По сути, решение, принятое КС относительно этого дела, стало справедливым решением, имеющим цель обеспечить защиту прав и свобод человека и гражданина. По нашему мнению, даже это решение не решило полностью данный вопрос и до сих пор не уяснены некоторые нюансы. Так например, в упомянутом решении КС отмечается, что другие

участники уголовного процесса, включая свидетелей, имеют право обжаловать решения и действия (бездействия) должностных лиц органа, ведущего уголовное преследование, в том случае, если предельные действия и принятые решения затрагивали бы их правовые и законные интересы, могли нанести ущерб правам и свободам, отраженным в Конституции Азербайджанской Республики или же усложнить обращение (доступ) в суд.<sup>6</sup> Это решение говорит о том, что лица, не имеющие статус подозреваемого или обвиняемого лица, но подвергнутые допросу, не обладают правом обжаловать решения и действия (бездействия) должностных лиц. В этом случае возникает вопрос: «Обеспечивается ли право лица, не имеющего статус подозреваемого или обвиняемого, получать правовую помощь и пользоваться правом защиты, отраженным в УПК (статья 19 УПК), а также правом требовать рассмотрения в суде (статья 22 УПК)? Могут ли эти лица требовать проведения судебного разбирательства? Могут ли они воспользоваться услугами защитника за государственный счет?

Согласно статье 19.4.1 УПК, орган, осуществляющий уголовный процесс, обязан обеспечить следующие права подозреваемого или обвиняемого: пользоваться помощью защитника до задержания, заключения под стражу либо, соответственно, до первого допроса в качестве подозреваемого или с момента предъявления обвинения обвиняемому. В то же время, согласно статье 22 УПК, органы, осуществляющие уголовный процесс, обязаны обеспечить право каждого требовать проведения справедливого и открытого судебного разбирательства в связи с предъявленным ему обвинением или с примененными в его отношении мерами процессуального принуждения. Недопустимо отклонение права требования судебного разбирательства ни по какой-либо причине. Допрос лица, не имеющего статус подозреваемого или обвиняемого, лишает его права, предусмотренного в статье 22 УПК.

Таким образом, УПК предусматривает права, указанные нами выше, только для подозреваемых или обвиняемых лиц. Это связано с тем, что законодательство искусственно сузило содержание понятия обвинения. А решение КС от 5 августа 2009 года «О толковании статьи 449.2.2 Уголовно-процессуального кодекса Азербайджанской Республики» признало право группы лиц, упомянутых выше, только в ограниченном объеме обжаловать решения и действия (бездействия) должностных лиц.

<sup>5</sup> Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsinin 449.2.3-cü maddəsinin şərh edilməsinə dair, 05 avqust 2009-cu il, <http://constcourt.gov.az/decisions/169>.

<sup>6</sup> Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsinin 449.2.3-cü maddəsinin şərh edilməsinə dair, 05 avqust 2009-cu il, <http://constcourt.gov.az/decisions/169>.

### III. Отношение к проблеме – уголовное обвинение в ЕКПЧ

#### 1. Понятие преступления в ЕКПЧ

Согласно первой части статьи 6 ЕКПЧ, *каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.* Для того чтобы воспринять значение и содержание нормы, необходимо определить понятие уголовного обвинения. Понятия преступления и обвинения, предусмотренные в ЕКПЧ, отличаются от тех, которые даны в национальном законодательстве. В решении ЕСПЧ по Делу Адольф против Австрии (1982) отмечается следующее относительно понятия уголовного обвинения: *«Это выражение должно быть применено в «независимом» понимании в контексте Конвенции и не полагаясь на основы во внутреннем законодательстве».*<sup>7</sup>

Комитет по правам человека (далее именуется КПЧ) комментирует понятие преступления следующим образом: *«Преступление является деянием, наказуемым по национальным уголовным законам. Независимо от его определения во внутреннем законодательстве, это понятие по своим санкциям охватывает также деяния, считающиеся преступлением, а согласно цели, характеру и тяжести этих деяний, должно быть предусмотрено наказание».*<sup>8</sup>

В судебном Деле Энгель и другие против Голландии (1976) Суд выдвинул трехэтапное объяснение понятия преступления: 1) определение уголовного обвинения во внутреннем законодательстве; 2) характер правонарушения; 3) характер возможного наказания и степень тяжести:

*«С этой точки зрения, прежде всего, надо знать, что условия, определяющие преступление в рамках правовой системы страны-респондента, относятся как к дисциплинарному праву, так и к уголовному праву или в одно и то же время – к обоим...»*

*Характер деяния является фактором, имеющим большее значение...*

*Но контроль суда этим не заканчивается. Этот контроль носит иллюзионный характер в случае, если степень меры наказания, которую могут применить против лица, не принимается в расчет. В обществе, принимающем верховенство закона, лишение свободы, применяемое как мера наказания относится к области «преступления» за исключением тех, которые не приводят к значительному ущербу по своему содержанию, сроку и форме исполнения.»*<sup>9</sup>

#### 1.1 Определение уголовного обвинения во внутреннем законодательстве

Цитируя дело Энгель и другие против Голландии (1976):

*„В деле выполнения обязательства защиты общественных интересов Конвенция дает полномочия странам определять или сохранять различия между уголовным и дисциплинарным законодательством, а в целом проводить разграничительную линию между ними в случае выполнения определенных условий. Конвенция дает полномочие стране определять характер преступления, ошибки или же деяния, которые не относятся к нормальной деятельности каждого лица в деле защиты прав.*

*Обратный выбор по своему профилю ограничивается более серьезными правилами. Если государства, подписавшие Договор, имели бы возможность сами провести классификацию дисциплинарных и уголовных деяний или приговорить лиц, совершивших «смешанные» деяния как лиц, совершивших не преступление, а административное правонарушение, то действие основных пунктов статей 6 и 7 зависело бы от их суверенной воли. Свобода в такой степени может привести к результатам, противоречащим целям и намерениям Конвенции.»*<sup>10</sup>

Если национальное законодательство определяет деяние как «преступление», то в этом случае применяется статья 6 ЕКПЧ и данный вопрос считается решенным на первом этапе «трехэтажной пирамиды». Но может произойти и обратное: так например, деяние может быть определено во внутреннем законодательстве не как преступление, а как административное правонарушение, и в этом случае будут применены следующие 2-ая и 3-ья критерии «трехэтажной пирамиды».

#### 1.2 Характер правонарушения

##### 1.2.1 Уголовное и дисциплинарное правонарушение

На этом этапе исследуется то, что представляет собой деяние: преступление, административное правонарушение или дисциплинарное взыскание. Второе представляет собой характер деяния с более тяжким критерием.<sup>11</sup> Если обвинение является уголовным, тогда норма распространяется не на какую-то определенную группу, а на всех, тогда как наказание применяется в первую очередь с целью наказания.<sup>12</sup> По

<sup>10</sup> *Engel and others v. Netherlands.*, Judgment of 8 June 1976, Series A, No.22; § 81

<sup>11</sup> *Weber v. Switzerland.*, Judgement of 22 May 1990, Series A, No. 177; § 32

<sup>12</sup> Jixi Zhang, Xiaohua Liang., The Scope of Application of Fair Trial Rights in Criminal Matters – Comparing ICCPR with Chinese Law, Arts and Social Sciences Journal, Volume 2010: ASSJ-5, p 3.

<sup>7</sup> *Adolf v Austria*, Judgment of 26 March 1982, Series A. No. 49. §14

<sup>8</sup> Communication No. 1015/2001, *Peterer v. Austria*, § 9.2

<sup>9</sup> *Engel and others v. Netherlands.*, Judgment of 8 June 1976, Series A, No.22; § 82

отношению к особой группе деяние направлено на большую часть населения, и именно этот показатель определяет уголовный характер такого деяния; в особенности, если принимать во внимание его тяжесть. В свою очередь, менее значимое деяние также не остается вне рамок 6 статьи; уголовное содержание не требует степени тяжести. Положения дисциплинарного права применяются только к лицам, относящимся к дисциплинарной системе. Однако, уголовное право также содержит запреты, применяемые к определенным лицам: малолетние и совершеннолетние, родители и попечители, мужа-жены, офицеры, гражданские служащие и другие. В этом критерии не число лиц, к которым применяется отличительный характер, а показатель качества членов специфической группы соединяется с интересами, которые защищает закон. В *Деле Эггса* Европейская Комиссия по правам человека приходит к заключению, что нарушенная норма направлена на военнослужащих и она также обуславливает операции вооруженных сил и не влияет на интересы этого общества, защищенные уголовным законодательством.<sup>13</sup>

Изучая материалы судебного *Дела Демиколи против Мальты (1991)*, можно прийти к заключению, что когда закон направлен на предотвращение деяний со стороны особой группы или класса (солдат, заключенных, санитаров и т.д.), это более всего касается дисциплинарного права и не охватывается статьей 6.<sup>14</sup> Если рассматриваемая правовая норма применяется только к ограниченной группе лиц, например, представителям определенной профессии, то это означает, что данная норма является нормой не уголовного, а дисциплинарного права. Однако, если правовая норма имеет силу общего влияния, скорее всего это – норма уголовного права, которая подпадает под масштаб охвата статьи 6.<sup>15</sup> *Обычно административная санкция имеет цель обеспечивать соблюдение конкретных норм, регулирующих поведение членов конкретной группы.*<sup>16</sup>

### 1.2.2 Уголовное и административное правонарушение

Различие между уголовными деяниями и административными правонарушениями является одним из важных факторов. Определение общих критериев для различия уголовных и административных правонару-

шений имеет большое значение на практике. Иначе описание государством деяния в законодательстве в той мере, как оно того желает, создаст проблемы в применении статьи 6.

Цель санкции является половинчатым критерием, которая служит тому, чтобы различать уголовную санкцию от административной. ЕСПЧ отмечает, что административная санкция имеет «компенсационный» характер, тогда как уголовная – «превентивный» и «наказательный» характер.<sup>17</sup> Некоторые авторы выводят даже 4 критерия, приведенные нами выше, добавляя элемент под названием «цель наказания» к содержанию понятия преступления.<sup>18</sup> Поэтому именно этот критерий – цель наказания – служит для того, чтобы отличать уголовные санкции от чисто административных санкций. Если исследуемое наказание заключается не в лишении свободы лица или наличии такой опасности, а в штрафе, то суд обращает внимание на тот факт, носит ли такое наказание компенсационный характер ввиду причиненного ущерба или же оно играет превентивную роль, имеющую цель предотвратить повторное совершение соответствующего правонарушения. Лишь в последнем случае указанное наказание может считаться наказанием, относящимся к области уголовного права.<sup>19</sup>

Таким образом, важно принять во внимание следующие факторы в критерии второго характера правонарушения:

1. оспариваемое правовое правило направлено на какую-то особую группу или оно носит общий запретительный характер для всех (*смотри, например, Дело Бенденона против Франции, 24 февраля 1994 года, Серия А, №284, § 47*);
2. в случае, если процессы определены государственным органом силой принуждения, отраженной в законе (*смотри, Бенхэм против Соединенного Королевства, 10 июня 1996 года, § 56*);
3. правовое правило имеет наказательную или превентивную цель (*смотри, Озтурк против Германии, § 53; Бенденон против Франции, § 47*);
4. назначение определенного наказания зависит от места нахождения виновного (*смотри, Бенхэм против Соединенного Королевства, § 56*);
5. форма толкования сравнительных процедур в других странах Совета Европы (*смотри, Озтурк против Германии, § 53*).

<sup>13</sup> Jixi Zhang, Xiaohua Liang., The Scope of Application of Fair Trial Rights in Criminal Matters – Comparing ICCPR with Chinese Law, Arts and Social Sciences Journal, Volume 2010: ASSJ-5, p 3.

<sup>14</sup> *Demicoli v. Malta.*, 27 Judgement of August 1991, Series A, No. 210; § 32-33

<sup>15</sup> *Nula Moul və Katarina Harbi.*, Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ. İnsan hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin tətbiqinə dair məlumat kitabçası, Council of Europe, s 21

<sup>16</sup> *Weber v. Switzerland.*, Judgement of 22 May 1990, Series A, No. 177; § 33

<sup>17</sup> Jixi Zhang, Xiaohua Liang., The Scope of Application of Fair Trial Rights in Criminal Matters – Comparing ICCPR with Chinese Law, Arts and Social Sciences Journal, Volume 2010: ASSJ-5, p 3.

<sup>18</sup> *Nula Moul və Katarina Harbi.*, Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ. İnsan hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin tətbiqinə dair məlumat kitabçası, Council of Europe, s 20.

<sup>19</sup> *Nula Moul və Katarina Harbi.*, Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ. İnsan hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin tətbiqinə dair məlumat kitabçası, Council of Europe, s 23.

### 1.3 Характер и степень тяжести возможного наказания

Если применение статьи 6 невозможно, когда цель – наказание, то будет действовать третий критерий – «характер и тяжесть наказания». Характер и тяжесть наказания дают возможность определить, относится ли обвинение к уголовному или административному правонарушению.

Как отмечается в цитате из судебного дела Энгеля и других против Нидерландов: «Исключая те меры, которые не приводят к причинению серьезного ущерба по своему характеру, сроку или форме исполнения, в обществе, принимающем верховенство закона, лишение свободы, применяемое в качестве меры наказания, относится к уголовной области. Серьезность указанной проблемы требует именно такого отношения со стороны каждого государства на основе положений, отраженных в Конвенции относительно традиций и физической свободы лица.»<sup>20</sup>

В судебном Деле Кемпбелл и Фелл против Соединенного Королевства Суд заявил, что лишение права лица на преждевременный выход на свободу в течение почти трех лет является фактором, который должен быть принят во внимание, несмотря даже на то, что это право в законодательстве Англии рассматривается скорее как привилегия, чем само право, так как оно становится причиной продления срока заключения лица, влияя тем самым на сам срок, в течение которого заключенный ждет выхода на свободу. ...Как отмечается в судебном Деле Энгель и другие против Нидерландов, статья 6 не применяется ко всем случаям лишения свободы. Арест, продолжавшийся в течение двух дней, не считается достаточным для того, чтобы его рассматривали как уголовное наказание.<sup>21</sup> Исходя из судебной практики, приведем примеры случаев, когда наказание считается уголовным:

1. лицо лишается свободы от 3 до 4 месяцев в рамках военно-административного процесса (*Дело Энгеля*);
2. продление срока выхода на свободу из-за бунта заключенных (*Дело Кемпбелла и Фелла*);
3. содержание заключенного под арестом как минимум на «дополнительные» семь дней в рамках дисциплинарного процесса (*Дело Эзеха и Коннора*);
4. заключение сроком более одного месяца (*дело Куприяну*).<sup>22</sup>

<sup>20</sup> *Engel and others v. Netherlands.*, Judgment of 8 June 1976, Series A, No. 22; § 82

<sup>21</sup> *Nula Moul və Katarina Harbi.*, Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ. İnsan hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin tətbiqinə dair məlumat kitabçası, Council of Europe, s 24

<sup>22</sup> *Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov.*, Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Council of

Наличие риска применения наказания в виде ареста может сделать возможным применение статьи 6. В судебном Деле Энгель и другие против Нидерландов факт назначения в конечном счете наказания одному из заявителей, которое не считается лишением свободы, не оказал влияния на оценку, данную Судом, так как указанный характер наказания не уменьшает значение решающего вопроса в этом деле.<sup>23</sup>

Не все виды ареста могут считаться уголовным наказанием. Следующие меры не считаются уголовным наказанием:

1. кратковременный арест (не связанный с лишением свободы) или двухдневный серьезный арест в военно-дисциплинарных процессах (*Дело Энгеля*);
2. принудительное увольнение в запас офицеров-военнослужащих в рамках военно-административных процессов (*Дело Сараива де Карвальо*);
3. безосновательное увольнение с работы госслужащих под предлогом непреданности государству на основе законодательства по национальной безопасности (*Дело Сидабраса и Джиаутаса*);
4. назначение штрафа фармацевту ввиду его аморального поведения, проистекающего из нарушения правил ценообразования препаратов (*Дело М. против Германии, 1984*).<sup>24</sup>

## 2. Понятие уголовного обвинения в ЕКПЧ

Выражения «уголовное обвинение» и «обвиняемый в совершении преступления», используемые в части 3 статьи 6, имеют идентичное значение. В решении от 27 июня 1968 года в Деле Неймейстера Суд уже отметил, что слово «обвинение» должно восприниматься в рамках его значения, указанного в Конвенции.<sup>25</sup> В системе Конвенции «обвинение» считается независимым понятием и применяется в национальном праве независимо от смысла понятия «обвинение». В судебном Деле Девейера против Бельгии Суд отметил, что понятие термина «обвинение» должно даваться не с формальной, а с содержательной точки зрения, и Суд рекомендовал рассматривать причины, обуславливающие внешние признаки обвинения и реалии процедуры вынесения приговора. Кроме этого, Суд заявил, что «Обвинение» – *представление официаль-*

Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg, 2012, p 19

<sup>23</sup> *Nula Moul və Katarina Harbi.*, Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ. İnsan hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin tətbiqinə dair məlumat kitabçası, Council of Europe, s 24

<sup>24</sup> *Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov.*, Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg, 2012, p 20

<sup>25</sup> *Engel and others v. Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Series A, No. 22; § 81

ной информации со стороны полномочного органа государственной власти, который указывает, что лицо совершило уголовное правонарушение или имеется наличие вопросов, которые оказывают существенное влияние на данное лицо в качестве обвиняемого».<sup>26</sup> Однако, в Деле *Фоти* ЕСПЧ открыто отмечает, что наличие обвинения не всегда зависит от официального документа: «Другие виды мер, выступающие в качестве положения, имеющего скрытое значение в определенных случаях, также оказывают существенное влияние тем же путем на ситуацию с подозреваемостью».<sup>27</sup> Что касается таких мер, можно привести такие примеры, как предложение и подтверждение решением суда обыска в доме лица или изъятия некоторых вещей, а также снятия с него неприкосновенности.<sup>28</sup>

Ниже приводятся примеры случаев, которые могут быть рассмотрены как обвинение:

- а) лицо допрашивается в качестве подозреваемого;
- б) выдача ордера на арест того или иного лица;
- с) предоставление лицу официальной информации о начале уголовного преследования против него;
- д) в случае, если государственные органы, расследующие таможенные преступления, требуют от лица предоставления доказательств, и его банковские счета заморожены;
- е) если лицо обращается к адвокату за помощью после возбуждения уголовного дела против него, как только полиция представит информацию против лица в прокуратуру.<sup>29</sup>

#### IV. Решение проблемы

Анализ, проведенный нами в первой части данной статьи, показывает, что искусственное сужение понятия обвинения в УПК, а также формирование понятия обвинения не на основе аспекта его содержания, а формально, с точки зрения процедуры, лишает определенную группу лиц прав, предусмотренных для них в УПК. В практике ЕСПЧ понятие обвинения толкуется в более широком смысле и отношении к данной проблеме выражается путем прецедента Суда. Стоит также заметить, что в соответствующем указе президента Азербайджанской Республики дается рекомендация Верховному суду Азербайджанской Рес-

спублики (далее именуется ВС) и другим судам высшей инстанции изучать прецедентное право ЕСПЧ и принимать во внимание опыт этого Суда. Концепция «уголовного обвинения» и указанная нами проблема не нашли отражения в решении ВС от 30 марта 2006 года «О применении положений Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека и прецедентов Европейского суда по правам человека во время свершения правосудия». По нашему мнению, решение проблемы на законодательном уровне самый оптимальный выбор.

Мы не считаем полностью удовлетворительным для нашего законодательства понятие обвинения, данное ЕСПЧ. Предлагаем сформулировать понятие обвинения, данное в УПК, следующим образом:

«Обвинение означает следующие действия, проводимые государственными органами так, как предусмотрено уголовно-процессуальным и оперативнорозыскным законодательствами:

- применение уголовно-процессуальной принудительной меры против лица;
- следственные действия, проводимые с целью определения участия лица в подготовке или совершении преступления;
- оперативно-розыскные меры, предпринимаемые с целью определения участия лица в подготовке или совершении преступления;
- официальное информирование лица о других случаях, оказывающих существенное влияние на то, чтобы считать лицо, подозреваемым в преступлении;
- настояние на том, что данное лицо совершило преступление».

Предложенное понятие охватывает содержание категории обвинения. *Применение уголовно-процессуальной принудительной меры* относительно лица означает все процессуальные принудительные меры, предусмотренные в части 4 УПК. То есть, если одна из следующих мер предпринята относительно лица, то оно должно считаться обвиняемым в преступлении: задержание; арест; домашний арест; залог; поручительство, чтобы не посещать другие места; личное поручительство; поручительство организации; передача под надзор полиции; передача под надзор; передача под надзор командованию; отстранение от должности.

По нашему мнению, лицо, против которого *проведены следующие следственные действия*, обвиняется в преступлении с условием, что эти действия будут направлены на определение участия указанного лица в преступлении: допрос и очная ставка; осмотр; персональное обследование; опознание лица и вещей; обыск и изъятие; наложение ареста на имущество; наложение ареста на почтовые, телеграфные и дру-

<sup>26</sup> Nula Moul və Katarina Harbi., Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ. İnsan hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin tətbiqinə dair məlumat kitabçası, Council of Europe, s 24

<sup>27</sup> *Foti v. Italy (1983)* 5 European Human Rights Report 313, §52

<sup>28</sup> Jixi Zhang, Xiaohua Liang., The Scope of Application of Fair Trial Rights in Criminal Matters – Comparing ICCPR with Chinese Law, Arts and Social Sciences Journal, Volume 2010: ASSJ-5, p 5

<sup>29</sup> Nula Moul və Katarina Harbi., Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ. İnsan hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin tətbiqinə dair məlumat kitabçası, Council of Europe, s 25

гие отправления; перехват разговоров посредством прослушивания телефона и других устройств, информации и других данных, отправляемых почтой и другими техническими средствами; проведение экспертизы; взятие проб для следствия; проверка показаний на месте.

Лицо, в отношении которого *принимаются оперативно-розыскные меры с целью определения его участия в подготовке или совершении преступления*, должно считаться обвиняемым в преступлении. Мы вводим понятие «имеющие цель определения причастности лица к подготовке или совершению преступления» для того, чтобы подчеркнуть, что не все оперативно-розыскные меры предпринимаются в связи с преступлением. Иногда эти меры могут быть предприняты с другой целью. Например, наблюдение за лицом, которое подало заявление на зачисление в ряды спецслужб, никак не направлено на выявление его причастности к какому-нибудь преступлению. Такое наблюдение имеет характер сбора необходимой информации о нем. С другой стороны, не все оперативно-розыскные меры направлены на определение причастности лица к преступлению. Например, такая оперативно-розыскная мера, как *опрос граждан* предусматривает ведение разговора с лицом при его согласии о каком-нибудь совершенном преступлении. Именно ввиду этой причины оперативно-розыскные меры, связанные только с подготавливаемым или совершенным преступлением, в отношении какого-то лица могут считаться обвинением.

Следующие оперативно-розыскные меры предусмотрены в части 1 статьи 10 закона Азербайджанской Республики «Об оперативно-розыскной деятельности»: опрос граждан; расспрашивание; прослушивание телефонных разговоров; проверка телеграфных и других посылок; изъятие информации из технических каналов связи и других технических средств; проверка писем заключенных; проведение осмотра в транспортных средствах; входение и проведение осмотра зданий, включая жилые здания, а также других закрытых сооружений, установок и земельных участков; наблюдение за зданиями, включая жилые здания, а также другими закрытыми сооружениями, установками и земельными участками, транспортными средствами и другими объектами; наблюдение за лицами; идентификация лица; покупка товара в целях контроля; изучение вещи и документов; сбор проб для сравнительного изучения; контрольная отправка; проникновение в преступные группы или криминогенные объекты; создание юридических лиц; оперативный эксперимент, то есть применение модели поведения, которая выявляет преступную деятельность.

*Официальное информирование лица со стороны полномочных государственных органов о других случаях, оказывающих существенное влияние на то, чтобы рассматривать данное лицо в качестве подозреваемого в совершении преступления* выражается в предоставлении ему официальной информации о его причастности к преступлению. С момента предоставления ему информации такое лицо считается обвиняемым в преступлении, и именно начиная с того момента оно может воспользоваться соответствующими правами, предусмотренными ЕКПЧ и УПК.

*Настаивание на том, что лицо совершило преступление*, представляет собой совокупность мер, принятых в отношении наиболее подозреваемых или обвиняемых лиц. Эти меры направлены именно на выявление факта преступления, причастности лица к этому деянию и доказательству его виновности в этом деянии. Если рассматривать данный вопрос с процессуальной точки зрения, то данный элемент покажется второстепенным по отношению к другим элементам, на самом деле значение государственного обвинения ограничивается именно этим элементом.

Таким образом, мы считаем, что понятие обвинения, данное в УПК, является неудовлетворительным, так как оно искусственно сужает содержание понятия обвинения с точки зрения законодателя, а также лишает определенную группу лиц прав, предусмотренных статьями 19 и 22 УПК. Именно ввиду этой причины, рассматривая понятие обвинения в контексте прав человека и содержания, мы предлагаем сформулировать новое понятие.

## Мотивировка судебного акта в свете справедливого судебного разбирательства

### I. Введение

*Мотивировка судебного акта как компонента права на справедливое судебное разбирательство является важнейшим предварительным условием для вынесения обоснованного, аргументированного судебного акта. При противоположных обстоятельствах суд может вынести такой судебный акт, который будет являться незаконным, необоснованным, в нем будет отсутствовать анализ, и тем самым будут нарушены не только права и законные интересы участников судебного процесса, но и будет искажена сама суть правосудия.*

*В настоящей статье мы обратим внимание на следующие вопросы: какое применение находит мотивация судебного акта в правовой системе Республики Армения, может ли отсутствие мотивировки судебного акта привести к нарушению права на справедливое судебное разбирательство, каковы преимущества мотивированного и немотивированного судебного акта, какие правовые подходы можно найти в судебных актах Европейского суда по правам человека или какое правовое регулирование имеется в национальном (внутригосударственном) законодательстве других государств?*

*Предлагаемая научная работа состоит из вводной части, трех основных глав (первая глава касается применимости принципа мотивировки судебного акта в правовой системе РА, вторая – в правовых системах иностранных государств и прецедентном праве Европейского суда по правам человека, третья – преимуществ и недостатков мотивированного и немотивированного судебного акта) и заключительной части.*

### II. Правовые регулирования относительно мотивировки судебного акта в правовой системе РА

Прежде всего отметим, что право на справедливое судебное разбирательство является одним из фундаментальных прав человека, которое зафиксировано и гарантировано не только в Конституции Республики Армения (далее – РА), но и в Европейской Конвенции “О защите прав и основных свобод человека” (далее – Европейская Конвенция).

Несмотря на важность вышеупомянутого права, пока еще не сформировался единый подход в вопросе соотношения его названия, определения, структуры и элементов. Европейский суд по правам человека отметил по делу Голдера,<sup>2</sup> что: “Статьей 6 Европейской Конвенции зафиксированы отдельные права, которые, однако, следуют из одной и той же фундаментальной идеи и в комплексе составляют одно единое право, которое четко не установлено отдельным положением” (пункт 28).

На начальном этапе деятельности Европейского суда по правам человека это право принято было называть “правом надлежащего исполнения правосудия” (right to a good administration of justice), однако в настоящее время более принято понятие “право на справедливое судебное разбирательство” или “право на справедливое судебное рассмотрение” (right to a fair trial). Конституционный Суд РА также по-разному именуется выраженное в настоящей статье право: “право на справедливое судебное разбирательство”, “право на судебную защиту” и прочее.<sup>3</sup>

Право на справедливое судебное разбирательство как комплексное право, в свою очередь, опирается на определенные **принципы или права-принципы** или, иначе говоря, право на справедливое судебное разбирательство в качестве **фундаментального права** имеет свои **подпринципы** (подчеркнуто мною).

К ним, в частности, относятся:

1. право на справедливое и публичное судебное разбирательство;
2. право на разбирательство дела независимым и беспристрастным судом;
3. право на разбирательство дела судом, созданным на основе закона;
4. принцип доступности суда;
5. принцип равенства сторон;
6. право на эффективное участие в судебном разбирательстве;
7. принцип разумных сроков судебного разбирательства;
8. право на публичное вынесение судебного решения;
9. право иметь мотивированное решение (судебный акт);
10. принцип презумпции невиновности.

Правда, в Конституции РА право на справедливое судебное разбирательство или право на мотивированный судебный акт не имеет своего прямого закрепления, однако из анализа ряда норм следует, что Конституция РА также обращается (косвенно) к

<sup>1</sup> Соискатель Ереванского Государственного университета, заместитель директора Школы адвокатов РА

<sup>2</sup> ECHR, case of Golder v. The United Kingdom, (application no. 4451/70, judgment, 21 February 1975.

<sup>3</sup> Арутюнян Г., Вагаршян А., Комментарии к Конституции Республики Армения, Ереван, 2010, с. 222.

праву на справедливое судебное разбирательство, наличию мотивированного судебного акта, в частности, в части 1 статьи 19 Конституции РА,<sup>4</sup> согласно которой каждый для восстановления своих нарушенных прав, а также **выяснения обоснованности** предъявленного ему обвинения имеет право на публичное рассмотрение своего дела в разумные сроки независимым и беспристрастным судом в условиях равенства, **с соблюдением всех требований справедливости**.

Как видим, важным компонентом права на справедливое судебное разбирательство является право иметь мотивированное решение, хотя и оно не закреплено непосредственно в статье 19 Конституции РА, однако свою правовую позицию по этому вопросу выразил Конституционный Суд РА.

В частности, в постановлении от 9 апреля 2007 года Конституционный Суд РА<sup>5</sup> отметил: "... Несмотря на преследуемую необходимую цель, положение пункта 2 статьи 231.1 Гражданского процессуального кодекса РА относительно решения о возвращении кассационного протеста в 10-дневный срок без нормативного требования о мотивировании такого решения не может удовлетворять условиям правовых принципов справедливого равновесия, определенности, равноправия и верховенства права. По оценке Конституционного Суда, нормативное требование относительно мотивирования решения Кассационного суда о возвращении протеста является важной гарантией для обеспечения как доступности правосудия, так и эффективности судебной защиты конституционных прав личности".

В постановлении от 8 октября 2008 года Конституционный Суд РА<sup>6</sup> отметил, что мотивированность судебного акта необходима для предсказуемости возможности защиты прав личности, а в постановлении от 21 июля 2009<sup>7</sup> года зафиксировал, что требование о мотивированности судебного акта выступает в качестве гарантии обеспечения права на доступность суда.

То есть можем отметить, что Конституционный Суд РА также рассматривает мотивированность судебного акта в качестве необходимого и обязательного условия реализации фундаментального права человека – права на справедливое судебное разбирательство.

В действующем законодательстве РА закреплен **принцип мотивированности судебного акта**, в частности:

<sup>4</sup> Конституция Республики Армения (с изменениями), принята 5 июля 1995 года на Референдуме РА, а 27 ноября 2005 года на Референдуме РА в Конституцию внесены изменения.

<sup>5</sup> Постановление КС РА (ПКС-690), <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2007/index.htm>.

<sup>6</sup> Постановление КС РА (ПКС-765), <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2008/index.htm>.

<sup>7</sup> Постановление КС РА (ПКС-817), <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2009/index.htm>.

1. Согласно части 2 статьи 21 **Судебного кодекса РА**<sup>8</sup> дополнительное решение суда должно быть мотивированным. Согласно части 4 статьи 50 того же Кодекса "Решение Кассационного суда о возвращении кассационного протеста... должно быть мотивированным".

2. Согласно пункту 3 статьи 130 **Гражданского процессуального кодекса РА**<sup>9</sup> "Решение суда должно быть законным и обоснованным. Суд обосновывает решение только доказательствами, которые были исследованы на судебном заседании". Согласно пункту 1 статьи 132 того же Кодекса "Решение суда состоит из вводной, описательной, мотивационной и резолютивной частей". При этом в мотивационной части решения должны быть указаны обстоятельства дела, выявленные судом, доказательства, на которых **основаны выводы** суда, **доводы**, по которым суд отклоняет те или иные доказательства, а также законы, международные договоры РА и иные правовые акты, которыми руководствовался суд при принятии решения.

3. Добавлю также, что аналогичное правовое регулирование действует также в **Кодексе административного судопроизводства РА**<sup>10</sup>.

4. Согласно статье 358 **Уголовно-процессуального кодекса РА**<sup>11</sup>:

1) Вердикт суда должен быть законным и обоснованным.

2) Вердикт суда является законным, если он вынесен с соблюдением требований Конституции, Уголовно-процессуального кодекса Республики Армения и законов, нормы которых применяются при разрешении данного уголовного дела.

3) Вердикт суда является обоснованным, если его выводы основаны только на доказательствах, исследованных в судебном следствии, эти доказательства достаточны для оценки обвинения, а обстоятельства, признанные судом установленными, соответствуют исследованным в суде обстоятельствам.

4) Вердикт суда должен быть мотивированным. Мотивировке подлежат все выводы и решения, излагаемые судом в вердикте.

5. Согласно статье 64 **Закона РА "О Конституционном Суде"**<sup>12</sup> постановление или заключение Конституционного Суда в зависимости от характера дела содержит следующие сведения:

<sup>8</sup> Принят Национальным Собранием РА 21 февраля 2007 года, вступил в силу 18 мая 2007 года.

<sup>9</sup> Принят Национальным Собранием РА 17 июня 1998 года, вступил в силу 1 января 1999 года.

<sup>10</sup> Принят Национальным Собранием РА 28 ноября 2007 года, вступил в силу 1 января 2008 года.

<sup>11</sup> Принят Национальным Собранием РА 1 июня 1998 года, вступил в силу 12 января 1999 года.

<sup>12</sup> Принят Национальным Собранием РА 1 июня 2006 года, вступил в силу 1 июля 2006 года.



- 1) наименование постановления или заключения, год, месяц, день и место его принятия;
- 2) необходимые данные о сторонах и других участниках судопроизводства;
- 3) рассматриваемый вопрос, поводы и основания;
- 4) статью Конституции, согласно которой Суд вправе рассматривать данное дело;
- 5) краткое содержание обращения;
- 6) исследованные Судом фактические и **правовые обстоятельства**;
- 7) статьи Конституции и Закона РА “О Конституционном Суде”, которыми Суд руководствовался при принятии постановления или даче заключения;
- 8) **правовую позицию**, обосновывающую принятое Судом постановление или данное им заключение, в том числе и доводы, подтверждающие либо опровергающие утверждения сторон;
- 9) формулировку постановления или заключения с указанием в предусмотренных Законом РА “О Конституционном Суде” случаях также на недействительность других положений, взаимосвязанных с правовым актом или его положениями, признанными недействительными;
- 9.1) указание на то, что административные или судебные акты подлежат пересмотру в установленном законом порядке – в случаях, предусмотренных главой 10 Закона РА “О Конституционном Суде”;<sup>13</sup>
- 9.2) краткое конституционно-правовое содержание оспариваемого акта или его оспариваемого положения в резолютивной части постановления – в случае принятия постановления, установленного пунктом 1.1 части 8 статьи 68 Закона РА “О Конституционном Суде”;<sup>14</sup>
- 10) указание на окончательность постановления или заключения;
- 11) указание на вступление постановления в силу с момента его провозглашения либо на установление Конституционным Судом более позднего срока утраты правовой силы не соответствующего Конституции нормативного акта или его части.

В общем отмечу, что принцип мотивированности судебного акта является гарантией при осуществлении (реализации) лицом права на опротестование судебного акта. Ведь лицо опротестовывает, приносит апелляционный протест на вынесенный судом первой инстанции судебный акт на основании наличия судебной ошибки либо вновь открывшегося обстоятель-

ства или нового обстоятельства; приносит кассационный протест на вынесенный апелляционным судом судебный акт на основании наличия судебной ошибки либо вновь открывшегося обстоятельства или нового обстоятельства.<sup>15</sup> Следовательно, правовое регулирование относительно мотивированности судебного акта, по действующему законодательству РА, считается целевым и надлежащим.

С 2012 года в обращении находятся (стадия общественного обсуждения) проекты новых процессуальных кодексов (Уголовного, Гражданского, Административного), которые также разделяют подход относительно мотивированности судебного акта, в частности:

#### **Согласно статье 172 проекта Гражданского процессуального кодекса РА:**

решение суда первой инстанции должно быть законным, обоснованным и мотивированным;

- решение суда первой инстанции является обоснованным, если в нем видны ход рассуждений суда в связи с процессом применения права, оценки доказательств и подтверждения фактов и следующие из этого заключения.

#### **Согласно части 4 статьи 174 проекта того же Кодекса, мотивационная часть решения должна содержать:**

- 1) анализ применяемого права со ссылкой на нормы международных договоров, законов и иных правовых актов, постановления Европейского суда по правам человека, Конституционного Суда РА, Кассационного суда РА, которые считает применимыми суд первой инстанции;
- 2) факты, имеющие значение для разрешения дела на основании анализа правовых норм;
- 3) факты, не нуждающиеся в доказательстве, с указанием, на основании какой части статьи 52 Гражданского процессуального кодекса РА (факты, не нуждающиеся в доказательстве) и на каких основаниях участвующее в деле лицо освобождается от обязанности доказывания данного факта;
- 4) факты, подлежащие доказанию:
  - а) с изложением каждого факта, подлежащего доказанию,
  - б) с указанием того, кто несет обязанность по доказанию каждого факта, подлежащего доказанию, и на основании какой правовой нормы,

<sup>13</sup> Касается особенностей рассмотрения и разрешения дел в Конституционном Суде.

<sup>14</sup> Касается признания оспариваемого акта или его оспариваемого положения соответствующим Конституции РА по конституционно-правовому содержанию, выявленному Постановлением Конституционного Суда РА.

<sup>15</sup> Согласно статье 226 Гражданского процессуального кодекса РА, основаниями принесения кассационного протеста являются:

- 1) судебная ошибка – такое нарушение материального или производственного права, которое может повлиять на исход дела;
- 2) вновь открывшиеся или новые обстоятельства.

- в) заключение суда первой инстанции относительно доказанности данного факта – с оценкой каждого доказательства, представленного участвующими в деле лицами для подтверждения или отклонения данного факта в соответствии со статьями 48 (относимость доказательств), 49 (допустимость доказательств) и 56 (оценка доказательств) Гражданского процессуального кодекса РА;
- 5) в случае признания представленного участвующим в деле лицом доказательства недопустимым, неотносимым или не имеющим доказательную силу:
- а) ссылку на правовые нормы, на основании которых доказательство признано недопустимым, неотносимым или не имеющим доказательную силу,
- б) изложение фактов, на основании которых суд пришел к такому выводу;
- 6) заключение относительно обоснованности требований и возражений лиц, участвующих в деле;
- 7) мотивирование судом первой инстанции распределения судебных издержек между лицами, участвующими в деле.

**Согласно части 3 статьи 373 проекта Уголовно-процессуального кодекса РА**, решение суда является обоснованным, если:

- 1) его выводы основаны только на доказательствах, исследованных на стадии исследования доказательств;
- 2) эти доказательства достаточны для оценки обвинения;
- 3) обстоятельства, признанные судом подтвержденными, соответствуют доказательствам, исследованным в суде;
- 4) все излагаемые в вердикте суда выводы и решения являются мотивированными.

**Согласно статье 387 проекта того же Кодекса**, в мотивационной части вердикта суда указываются:

- 1) применяемое право, в том числе – международные договоры;
- 2) правовой анализ суда;
- 3) выводы суда и их правовое обоснование;
- 4) нормы закона, которыми руководствовался суд при принятии решения.

Из вышеизложенного можно заключить, что новые процессуальные кодексы также руководствуются принципом мотивированности судебного акта и в отличие от действующих процессуальных кодексов в большей мере трактуют, разъясняют обстоятельство мотивированности, обоснованности судебного акта, излагают критерии, при наличии которых можно говорить о наличии мотивированного судебного акта,

иначе говоря, устанавливают содержание, компоненты термина “мотивированность” по смыслу судебного производства.

### **III. Мотивированность судебного акта согласно прецедентному праву (судебной практике) Европейского суда по правам человека и изучению зарубежного опыта**

Согласно пункту 1 статьи 6 Европейской Конвенции, каждое лицо, когда определяются его гражданские права и обязанности или в связи с предъявляемым ему любым уголовным обвинением, имеет право на публичное и справедливое рассмотрение своего дела в разумные сроки созданным на основании закона независимым и беспристрастным судом.

Может отметить, что право на справедливое судебное разбирательство имеет в Европейской Конвенции свое непосредственное закрепление, что же касается обстоятельства наличия мотивированного судебного акта, то оно было закреплено (проанализировано) в прецедентном праве Европейского суда по правам человека, то есть в его судебной практике.

В частности, в решении по Делу Гаджианастасиус против Греции<sup>16</sup> Европейский суд по правам человека отметил: “Суды должны с достаточной ясностью упомянуть те аргументы, которые заложены в основу их решений”.

Наряду с этим. Европейский суд по правам человека отмечает, что требование о мотивировке решений не следует понимать в его абсолютном смысле.

В частности, Европейский суд по правам человека отметил по Делу Ван де Хурк против Нидерландов, что суды не обязаны представлять подробные ответы на все вопросы, за исключением случая, когда аргумент является существенным для исхода дела.<sup>17</sup> Объем этой обязанности может изменяться в зависимости от характера решения.

Вопрос относительно нарушения требования о мотивировке решений судами, следующего из статьи 6 Европейской Конвенции, может разрешаться только исходя из обстоятельств конкретного дела.<sup>18</sup>

Так, заявитель по делу *Hiro Balani v. Spain* [Ruiz Torija v Spain] представил аргумент, который требовал конкретного и четкого ответа, конкретной и четкой позиции, однако внутрисударственный суд основательно не обратился к этому аргументу, что и было рассмотрено Европейским судом по правам человека как нарушение статьи 6.

<sup>16</sup> ECHR, case of Hadjianastassiou v. Greece (application no. 12945/87), judgment, 16 december 1992.

<sup>17</sup> ECHR, case of Van de Hurk v. The Netherland (application no. 16034/90), judgment, 19 april 1994,

<sup>18</sup> ECHR, case of Ruiz Torija v. Spain (application no. 18390/91), judgment, 09 december 1994, case of Hiro Balani v. Spain (application no. 18064/91), judgment, 09 december 1994.

Европейский суд по правам человека показал важное значение мотивированности судебного акта и ее необходимости также в следующих установлениях:

В деле *Klemesco Nord AB v. Sweden*<sup>19</sup> суд отметил, что функцией мотивированного судебного акта является содействие сторонам в вопросе использования возможности эффективного опротестования, а также свидетельство, что стороны выразили свою позицию по делу, реализовали свое право быть услышанными.

В деле *Georgiy Nikolayevich Mikhayilov v. Russia*<sup>20</sup> суд отметил, что невынесение мотивированного решения лишает лицо эффективного осуществления права на опротестование судебного акта. То есть из анализа правовой позиции суда становится очевидным, что судебный акт в обязательном порядке должен быть обоснован, мотивирован, так как не исключена ситуация, когда лицо может опротестовать этот акт.

В деле *Kuznetsov and others v. Russia*<sup>21</sup> суд отметил, что внутригосударственный суд при осуществлении своих действий обязан представлять их обоснование. Последующей функцией мотивированного решения является фиксирование реализации права сторон быть услышанными. Более того, оно содействует сторонам в эффективном использовании права опротестования.

Только при наличии мотивированного решения может иметь место общественный контроль в деле осуществления правосудия.<sup>22</sup>

Из вышеуказанного можно заключить, что Европейский суд по правам человека привержен принципу мотивированности судебного акта, который он трактует как следующий из права на справедливое судебное разбирательство, одновременно указывая те компоненты, отсутствие которых в судебном акте Европейский суд по правам человека считает немотивированными или недостаточно мотивированными судебными актами, зафиксировав по данному делу нарушение статьи 6 Европейской Конвенции.

Что касается изучения зарубежного опыта, то отмечу, что в целом почти во всех странах мира, а в случае демократического общества – во всех, действует принцип мотивированности судебного акта, то есть суды во всех случаях обязаны мотивировать, обосновывать вынесенные ими судебные акты независимо от того обстоятельства, будет данный судебный акт опротестован или нет.

Например, согласно части 3 статьи 93 Конституции Греции 1975 года, все вердикты судов должны быть мотивированы четко и полностью опубликованы.

Согласно пункту 3 статьи 120 Конституции Испании, вердикты должны содержать положение о тех основаниях, которыми руководствовался суд, и должны публиковаться публично.

Достаточный интерес представляет действующее правовое регулирование Республики Беларусь, **касающееся мотивированности судебного акта.**

В частности, согласно статье 302 Гражданского процессуального кодекса Беларуси, судебный акт должен быть мотивирован (обоснован) в случае, предусмотренном статьей 305 Гражданского процессуального кодекса Беларуси.<sup>23</sup>

### Согласно статье 305:

Мотивационная часть (обоснование) решения составляется:

- 1) по требованию юридически заинтересованных в исходе дела лиц. Такое требование может быть заявлено до удаления суда в совещательную комнату для вынесения решения и в течение десяти дней после его оглашения;
- 2) в связи с обжалованием или опротестованием решения в кассационном порядке;
- 3) в случаях, когда настоящим Кодексом установлено, что решение не подлежит кассационному обжалованию или опротестованию;
- 4) в случаях, прямо предусмотренных настоящим Кодексом.

Мотивационная часть решения должна содержать ответы на вопросы, предусмотренные пунктами 1 – 5 статьи 300 настоящего Кодекса, а в случае составления ее не в совещательной комнате должна быть изложена в виде отдельного документа и содержать указание на решение, в отношении которого она составлена.

Фактически из анализа статьи 305 становится очевидным, что в Беларуси действует презумпция немотивированности судебного акта, статья 305, в частности, исчерпывающе перечисляет основания, когда только при наличии одного из этих оснований суд будет обязан мотивировать судебный акт.

По результатам моих исследований, Беларусь явилась единственным государством, где имеют место явления и мотивированности и немотивированности судебного акта.

Тем не менее, даже в случае существования принципа немотивированности судебного акта, думаю, что законом должны быть установлены определенные четкие, строгие критерии, иначе законный, правомерный, обоснованный, мотивированный предметный судебный акт заменит лишенный предмета, незаконный, волевой судебный акт, что и приведет к наруше-

<sup>19</sup> ECHR, case of *Suominen v. Finland* (no. 37801/97), 1 July 2003.

<sup>20</sup> ECHR, case of *Georgiy Nikolayevich Mikhayilov v. Russia* (application no. 4543/04), judgment, 1 April 2010.

<sup>21</sup> ECHR, case of *Kuznetsov and others v. Russia* (application no. 184/02), judgment, 11 January 2007.

<sup>22</sup> ECHR, case of *Hirvisaari v. Finland*, no. 49684/99, 27 September 2001.

<sup>23</sup> Статья 305. Требование о составлении мотивационной части (обоснования) решения.

нию, попранию прав и законных интересов личности, искажению самой сути правосудия, игнорированию демократических институтов.

#### **IV. Мотивированный или немотивированный судебный акт?**

Согласно действующему судопроизводственному (процессуальному) законодательству РА, все судебные акты (приговоры – только по уголовным делам, решения – только по гражданским и административным делам, вердикты – по уголовным, гражданским, административным, конституционным делам), выносимые судами первой инстанции, Апелляционным, Кассационным и Конституционным судами, должны быть мотивированными (аргументированными, обоснованными).

Под мотивированностью судебного акта следует понимать выражение правовой позиции, обоснование правовой точки зрения в судебном акте судом – органом, осуществляющим правосудие.

Требование относительно обоснованности судебного акта важно, так как вынесенные судом решения не всегда являются явным образом верными (правовыми), иногда они являются явно неправовыми не только для граждан, но и для специалистов – юристов. По этой причине от суда (органа, вынесшего решение) требуется четкая мотивация судебного акта, то есть суд в мотивационной части должен ответить на все те вопросы, которые могут возникнуть у участников судебного производства в связи с заключительной частью вердикта.

Заключительная часть судебных актов не всегда является непонятной (неприемлемой) для участников судопроизводства, во многих случаях участники судопроизводства удовлетворены решением суда, и у них не возникает вопросов в связи с обстоятельством мотивированности судебного акта. В таких случаях обязательное требование мотивированности на практике приводит к выполнению бесполезной работы.

В качестве свидетельства вышеупомянутого представлю некоторые статистические данные, связанные с вынесенными судом, опротестованными и неопротестованными судебными актами.

Изучение судебной практики показывает, что в течение 2010 года судами первой инстанции вынесен 50301 судебный акт (10744 – по административным делам, 4394 – по уголовным делам, 44163 – по гражданским делам), из которых опротестовано 7113 (1243 – по административным делам, 2050 – по уголовным делам, 3820 – по гражданским делам).

Опротестованные судебные акты составляют 12% от общего числа вынесенных судебных актов. При этом по административным делам опротестовано

12% вынесенных судебных актов, по уголовным делам – 47%, а по гражданским – 9%.

Основываясь на вышеизложенном, целесообразно обратиться к вопросу о том, всегда ли оправдывает себя требование о мотивированности судебного акта при его рассмотрении с точки зрения эффективности правосудия? При отрицательном ответе на этот вопрос можно предусмотреть новый подход к мотивированности судебных актов – судебный акт может быть не мотивирован, если на это не возражают участвующие в деле лица. Фактически лицо может отказаться от своего права на получение мотивированного судебного акта, то есть при этом суд приложит к делу вводную, описательную (с изложением фактов) и резолютивную части судебного акта без мотивационной части.

Преимуществами немотивированного судебного акта, по моему мнению, являются:

1. облегчение загруженности судов первой инстанции;
2. повышение возможности вынесения качественных решений;
3. исполнение судебных актов в более короткие сроки.

В целом я не согласен с идеей немотивирования судебного акта, однако даже при наличии данного правового регулирования оно должно быть подвергнуто очень строгому регламентированию, осуществление которого представляется следующим образом: суд публикует резолютивную часть судебного акта, после чего участвующие в судопроизводстве лица в течение конкретного срока, в установленном законом порядке могут иметь право обращения в суд за получением судебного акта без мотивационной части. В случае получения согласия всех участников судопроизводства относительно получения судебного акта без мотивационной части в течение этого срока суд не включает мотивационную часть в судебный акт.

В случае внедрения этого института будет действовать иной срок вступления в силу судебного акта, в частности, немотивированные судебные акты должны будут вступать в силу с момента отказа сторон от своего права на получение мотивированного судебного акта, а в случае мотивированных судебных актов будет действовать действующий вариант законодательства о вступлении в силу судебного акта (общее правило).

Вердикт, вынесенный в ускоренном порядке в результате судебного следствия, не может быть опротестован по следующему основанию: изложенные в судебном акте выводы суда относительно фактических обстоятельств дела не соответствуют доказательствам, исследованным в Апелляционном суде. Этой нормой сторонам запрещается оспаривать в суде при

апелляции фактические обстоятельства дела, то есть по делу не может быть вновь проведено следствие по существу, выводы суда относительно фактических обстоятельств считаются окончательными и опротестованию не подлежат.

Согласно общему правилу, судебный акт, выносимый по результатам следствия по делу, должен быть мотивированным, однако может быть предусмотрено исключение, что даст суду возможность опубликовать и приложить к делу только вводную, описательную (изложение фактов) и резолютивную части судебного акта с условием, что этим не будет нарушено или необоснованно ограничено право личности на справедливое судебное разбирательство.

Требование относительно мотивированности судебного акта в первую очередь предусмотрено для сторон судопроизводства, оно является составной частью права на справедливое судебное разбирательство. Учитывая это обстоятельство, в случае, если стороны не возражают относительно получения судебного акта только с изложением вводной, описательной и резолютивной частей, то нет необходимости опубликования и приложения к делу мотивационной части судебного акта, которые приводят к напрасной загрузке работы суда, а ведь загруженность суда, в свою очередь, влияет на эффективность правосудия, надлежащее осуществление права на рассмотрение и разрешение дела в разумный срок.

Следовательно для невынесения судом лишнего предмета, незаконного, волевого судебного акта необходимо установление следующих компонентов, обязательных условий: выражение сторонами воли относительно неопротестования судебного акта должно быть:

1. конкретным;
2. выражено в письменной форме;
3. выражено в установленный законом срок;
4. сторонам следует надлежащим образом разъяснить правовые последствия реализации своего права на получение немотивированного судебного акта.

Отметим, кстати, что “отказ” от права обращения в вышестоящий суд допускается Европейской Конвенцией именно для Европейского суда по правам человека, в частности, согласно статье 44 Европейской Конвенции, а именно:

1. вердикт Верховной палаты окончателен;
2. вердикт Палаты становится окончательным, если,
  - а) стороны заявляют, что не потребуют передачи дела в Верховную палату или
  - б) передача дела в Верховную палату в течение трех месяцев после вынесения вердикта не требуется, или

в) комиссия Верховной палаты отклоняет требование о передаче дела в соответствии со статьей 43.

Фактически вердикт Палаты становится окончательным, *inter alia*, если стороны заявляют, что не требуют передачи дела в Верховную палату.

То есть, стороны при каждом случае сами решают (результат проявления своего усмотрения), желают ли они опротестовывать вынесенный судебный акт или нет? В настоящей ситуации стороны также сами решают, желают ли они получить мотивированный судебный акт или нет?

В случае принятия такого новшества, думаю, необходимо дифференцировать механизмы немотивированности судебного акта для уголовных, гражданских и административных дел по отдельности с учетом их особенностей (например, по уголовным делам как обязательное условие надо предусматривать участие защитника, а также учитывать право обжалования по уголовным делам, предусмотренное статьей 2 Протокола № 7 Европейской Конвенции).

Думаю, что важно учитывать также право обжалования по уголовным делам, предусмотренное статьей 2 Протокола № 7 Европейской Конвенции, согласно которому:

1. Каждое лицо, осужденное судом за совершение уголовного преступления, имеет право на пересмотр его осуждения или приговора вышестоящей судебной инстанцией. Осуществление этого права, включая и основания его реализации, регулируется законом.
2. Исключения из этого права могут производиться в связи с установленными законом незначительными преступлениями или, когда данное лицо судимо наивысшей инстанцией, которая выступила в качестве суда первой инстанции, либо это оно было осуждено после рассмотрения кассационного протеста против оправдания этого лица.

В случае внедрения настоящего института исполнение судебных актов будет производиться в более короткие сроки, так как при этом можно изменить предусмотренное процессуальными кодексами общее правило, согласно которому судебные акты вступают в законную силу через месяц с момента их официального опубликования (после чего последние подлежат исполнению).

В частности, согласно статье 140 Гражданского процессуального кодекса РА:

1. Разрешающие дело по существу судебные акты суда общей юрисдикции вступают в законную силу через месяц с момента их официального опубликования, за исключением случаев, предусмотренных пунктами 2 и 3 настоящей статьи.
2. Если стоимость требования о взыскании суммы или оцененного в денежном выражении предмета иска

не превышает пятидесятикратного размера минимальной заработной платы, то разрешающий дело по существу судебный акт суда общей юрисдикции вступает в силу с момента его официального опубликования.

3. Не разрешающие дело по существу судебные (промежуточные) акты суда общей юрисдикции вступают в законную силу с момента их вынесения, если настоящим Кодексом не предусмотрено иное.
4. Разрешающие дело по существу судебные акты суда общей юрисдикции в исключительных случаях могут объявляться вступившими в законную силу с момента их официального опубликования, если их необъявление неминуемо приведет к возникновению для сторон тяжких последствий. Такие акты подлежат опротестованию в порядке и сроки, установленные настоящим Кодексом для не вступивших в законную силу актов того же суда.

Согласно статье 115 Кодекса об административном судопроизводстве РА:

1. Разрешающие дело по существу судебные акты административного суда вступают в законную силу через месяц после их официального опубликования, если для вступления в законную силу этих актов настоящим Кодексом не предусмотрен другой срок.
2. Промежуточные акты административного суда вступают в законную силу с момента их вынесения, если настоящим Кодексом не предусмотрено иное.

Кроме того, в процессуальные кодексы должны быть внесены соответствующие изменения и дополнения, которыми должны быть установлены другие, более короткие сроки вступления в законную силу немотивированных судебных актов с учетом того обстоятельства, что они не подлежат опротестованию.

Предлагаемое новшество – требование мотивирования судебного акта только в случае опротестования, в определенной части (в той части, что не подлежит опротестованию – выводы суда относительно фактических обстоятельств) имеет место и применяется в судебной практике РА при упрощенном (ускоренном) производстве.

Так, в главе 45.1 Уголовно-процессуального кодекса РА установлен порядок ускоренного судебного разбирательства – в случае согласия подсудимого или обвиняемого с применением ускоренного порядка судебного разбирательства по выдвинутому обвинению. Нормами этой главы устанавливаются основания применения ускоренного судебного разбирательства, порядок проведения ускоренного судебного разбирательства и вынесения вердикта суда, а также порядок опротестования вердикта суда.

Согласно статье 375.4 Уголовно-процессуального кодекса РА, вердикт суда, вынесенный в ускоренном

порядке по результатам судебного разбирательства, не может быть опротестован по следующим основаниям: изложенные в судебном акте выводы суда о фактических обстоятельствах не соответствуют фактам, исследованным в Апелляционном суде. Этими нормами сторонам запрещается оспаривание в суде фактических обстоятельств дела при апелляции, то есть не может быть произведено разбирательство дела по существу, выводы суда относительно фактических обстоятельств считаются окончательными и не подлежат опротестованию.

В целом для внедрения настоящей процедуры необходимо:

1. проявлять максимальную осторожность, чтобы напрасно не “ограничивать” одно из основных прав личности – право на справедливое судебное разбирательство, которое согласно Конституции РА ни в коем случае не подлежит ограничению;
2. для того чтобы не иметь формально-правовых проблем со статьей 19 Конституции РА и со статьей 6 Европейской Конвенции, следует принять следующее мнение: судебный акт, который не требуется мотивировать исходя из вышеуказанных целей, не может по существу рассматриваться в качестве судебного акта в своем прямом смысле, а может рассматриваться в качестве документа, придающего официальный вид “примирению” сторон (если стороны соглашаются с резолютивной частью решения суда (исходом дела), то в неформальном аспекте резолютивную часть решения можно рассматривать как соглашение о примирении, которое называется судебным актом чисто по правовой фикции.

Исходя из этой точки зрения, требование относительно мотивированности судебного акта не может распространяться на судебный акт, подтверждающий примирение сторон. В основу этого акта ставится не только воля суда, но и общая (согласованная) воля лиц, являющихся сторонами по конкретному делу. Суд обязан мотивировать вынесенный им акт, в котором зафиксирована только его воля (которая может не совпадать с волей сторон), а не “акт, подтверждающий взаимное согласие сторон”, который содержит волю не только суда, но и сторон (против которого суд не выступает, так как он не противоречит закону и иным правовым актам либо не нарушает права и законные интересы других лиц).

Теперь обратимся к вопросу о том, какая проблема может возникнуть при обращении в Европейский суд по правам человека и Конституционный Суд РА с точки зрения требования об исчерпанности инстанций.

Предлагаемое регулирование – принцип немотивированности судебного акта, следует предусмотреть только для судебных актов, вынесенных судами пер-

вой инстанции, а акты Апелляционного и Кассационного судов должны быть мотивированными. Следовательно, окончательный судебный акт, вынесенный в отношении лица, обратившегося в Конституционный Суд РА или Европейский суд по правам человека, будет мотивированным, и этими судами не может быть зафиксировано нарушение права на справедливое судебное разбирательство.

То есть, если лицо обращается в Апелляционный суд, оспаривая вынесенный судом первой инстанции судебный акт по основанию судебной ошибки – по основанию нарушения нормы материального или процессуального права, то лицо оспаривает неверные выводы, неверное применение нормы, ненадлежащие мотивировки суда, а это предполагает то, что лицо должно иметь мотивированный судебный акт, чтобы суметь оспорить действия суда. Иначе говоря, апелляционный или кассационный протест может предъявить лицо, которое имеет мотивированный судебный акт. Следовательно, в любом случае, когда лицо желает опротестовать или просто желает иметь мотивированный судебный акт, то суд первой инстанции обязан мотивировать вынесенный им судебный акт.

## V. Выводы

Подводя итоги вышеизложенного, отмечу, что согласно общему правилу выносимый в результате рассмотрения дела судебный акт должен быть мотивированным, однако нельзя исключать, что возможны случаи, когда суду можно относить право не мотивировать выносимый им судебный акт с условием, что этим не будет нарушаться или необоснованно ограничиваться право личности на справедливое судебное разбирательство.

Возможна ситуация, когда лицо желает иметь мотивированный судебный акт, не желая опротестовывать этот акт. В этом случае право иметь мотивированный судебный акт и право опротестования судебного акта не взаимосвязаны.

Возможна ситуация, когда лицо наряду с тем, что имеет мотивированный судебный акт, желает опротестовать этот акт. В этом случае право иметь мотивированный судебный акт и право опротестования судебного акта взаимосвязаны, так как невозможно опротестовывать судебный акт без обстоятельства мотивированности этого судебного акта.

Одновременно отмечу, что право иметь мотивированный судебный акт и право опротестования судебного акта являются разными правами, которые не всегда взаимосвязаны. Наличие мотивированного судебного акта заключается в содействии реализации права на опротестование судебного акта. Нали-

чие мотивированного судебного акта особенно важно в тех случаях, когда заявитель желает осуществить свое право на опротестование.

Тем не менее, учитывая то обстоятельство, какие проблемы, правовые осложнения может вызвать немотивированный судебный акт, можно отметить, что в случае немотивированного судебного акта имеется больше недостатков чем преимуществ.

Так как судебным актом затрагиваются права, законные интересы лиц, то он всегда должен быть конкретным, обоснованным, предсказуемым. Ведь требование относительно мотивированности судебного акта, в первую очередь, предусмотрено для сторон судопроизводства, оно является составной частью права на справедливое судебное разбирательство. Ведь иметь мотивированный судебный акт – это право личности.

# Вопрос соответствия института преюдиции в значении *de lege lata* праву на справедливое судебное разбирательство в Азербайджанском уголовном процессе

## I. Введение

В теории уголовного процесса долгие годы идут научные споры о разных аспектах института преюдиции. Несмотря на то что данная тема является одной из наименее изученных, довольно разные точки зрения о значении самой преюдиции начали формироваться в доктрине уголовного процесса. В уголовно-процессуальном законодательстве различных государств определены отличающиеся механизмы правового регулирования данного института. В данной статье значение института преюдиции и механизм правового регулирования оцениваются с точки зрения требований права на справедливое судебное разбирательство и предлагаются пути решений, вытекающие из теоретических проблем.

## II. Институт преюдиции в значении *de lege lata* в теории уголовного процесса и в уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджана

### 1. Понятие преюдиции в теории уголовного процесса

Одним из самых важных вопросов в правовой системе каждой страны связан с отсутствием противоречий между решениями, принятыми судами в то время, когда они применяют правовые нормы. Непротиворечивость судебных решений выступает в роли основной гарантии применения правовых норм для всех в одном и том же содержании. Механизм такого обеспечения в праве реализуется разными средствами правовых норм. В англо-саксонских и романо-германских системах права данная задача регулируется институтами, отличающимися друг от друга. Ввиду того, что судебный прецедент играет особую роль среди источников права в англо-саксонской правовой

системе, суд, решая вопрос применения именно определенной правовой нормы в правовых отношениях, тем самым находит решение проблемы применения правовой нормы в том же содержании по отношению ко всем, устраняя при этом всякие противоречия. По нашему мнению, именно ввиду этой причины отпадает необходимость в институте преюдиции в данной правовой системе. В то же время в романо-германской правовой системе, как правило, в силу того, что прецедент суда не выступает в качестве источника права, а более из-за того, что данный институт во многих странах в целом не считается источником права, сформированы другие институты, имеющие цель решения противоречий между принятыми судебными решениями. В континентальной системе права роль преюдиции как института, предотвращающего противоречия между судебными решениями, незаменима.

Понятие преюдиции в уголовном процессе было исследовано многими авторами. В целях информации стоит отметить что, несмотря на то что правовое регулирование института преюдиции в советский период оставалось вне внимания на законодательном уровне в уголовном судопроизводстве<sup>2</sup>, соображения относительно способа решения таких отношений присутствовали в доктрине уголовного процесса. В этом случае суждение, выдвинутое М.С.Строговичем, доминировало и предполагало, что ввиду того, что судебное решение вбирает в себя все особенности вида доказательства в форме официального документа, оно являлось документом в качестве доказательства и что все положения, касающиеся этого вида доказательства распространялись также на такое решение.<sup>3</sup> Другими словами, автор не принимает идею того, что судебное решение, вступая в законную силу, буквально приравнивается к закону, и защищает точку зрения, которая предполагает, что судья, принимающий решение на основе своего внутреннего доверия, ведет себя независимо в полном смысле этого слова.

Хотя данные рассуждения не регулируют в полном объеме отношения, связанные с институтом преюдиции, но они, по праву, могли считаться достаточными для решения данного вопроса в определенной степени. После приобретения независимости, одно из новшеств, которое были внесены в текст Уголовно-процессуального кодекса Азербайджанской Республики (далее именуется как УПК АР) в рамках правовых реформ, было применение института преюдиции. Была выдвинута совершенно новая концепция регулирова-

<sup>1</sup> Преподаватель кафедры государственного строительства и права Государственной Академии Управления при президенте Азербайджанской Республики, доктор философии права.

<sup>2</sup> В советский период, несмотря на то что институт преюдиции существовал в форме преюдициальности судебного решения по гражданским делам, в УПК многих союзных республик до принятия УПК от 1961 года, именно в 1961-ом году институт преюдиции был исключен из УПК всех союзных республик, в том числе из УПК Азербайджанской ССР, за исключением только УПК РСФСР.

<sup>3</sup> Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. М., Издательство АН СССР, 1947, с. 214.



ния данного вопроса, и новая концепция преюдиции характеризовалась формированием новых качеств в своем содержании, которое будет проанализировано ниже согласно соответствующим аспектам.

Отметим, что, хотя преюдиция является одной из наименее изученных тем в теории уголовного процесса, каждый автор вносит свое понимание преюдиции. Избегая обширного анализа понятий, представленных в научной литературе, считаем необходимым рассмотреть вкратце суть преюдиции и ее функции для определения самых важных особенностей данного института.

Преюдиция возникает на основе преюдициальности, которая является одной из многих необходимых особенностей судебных решений, вступивших в законную силу. Основная суть этих особенностей судебного решения, вступившего в законную силу, заключается в том, что случаи, определенные в соответствующем судебном решении, впоследствии могут и не рассматриваться повторно, в то время как они снова попадают в сферу судопроизводства, и данные случаи принимаются как уже определенные в судебном решении, вступившем в силу, и в последующих делах или случаях новое рассмотрение данных случаев может считаться нецелесообразным с точки зрения процессуального заключения.

В то же время не стоит забывать, что судебное решение, вступившее в силу, считается основой общественного доверия на справедливое судебное разбирательство в качестве акта справедливого судебного процесса. Недоверие и непринятие во внимание другим органом судопроизводства достоверности данных, отраженных в содержании этого акта, принижает значимость судебного решения, вынесенного от имени государства и вступившего в законную силу, и это, в результате, снижает в обществе престиж акта, принятого органом судопроизводства, что противоречит основным требованиям правового государства в современный период.

Как видно, преюдициальность судебного решения становится средством процессуального заключения, а также защиты престижа судебных решений или обеспечения их стабильности, и это не создает никакого логического противоречия, а наоборот, основывается на прямой пропорциональности между этими суждениями.

Но другие факторы препятствуют четкому решению данного вопроса или приводят к двусмысленности в понимании преюдициальности. Тем самым, как известно из уголовного процесса, каждый судья принимает решение по какому-то делу на основе закона и своей внутренней веры, и в этом случае он опирается на доказательства, существующие или считающиеся необходимыми по данному делу, и при этом никакое

из этих доказательств не имеет predetermined законную силу для него. Другими словами, судья независим при принятии соответствующего решения, и вмешательство в его независимость недопустимо. Тем самым, если судья придет к заключению, что случаи, определенные в судебном решении, принятом по делу и вступившем в силу в прошлом, приняты во внимание и ему придется принимать независимое решение на основе своей внутренней веры, то создается необходимость адаптации стабильности судебного решения и процессуального заключения цели выявления истины до данному делу.

Несмотря на сложность адаптации содержания преюдициальности цели выявления истины, известны успешные пути решения этого вопроса в правовых системах. Принимая преюдициальность как способ доказательства, а также регулируя институт преюдиции, некоторые страны решают данный вопрос, ссылаясь на процессуальное заключение и стабильность судебного решения как на общее правило и сохраняя при этом право судьи сомневаться. Тогда как в других странах предлагается простое решение вопроса, которое не ставит знак различия между судебным решением, вступившим в законную силу, и видом доказательства.

Суть преюдициальности может восприниматься как правовая сила первого решения во время рассмотрения дел, которые связаны между собой с точки зрения предмета доказательства путем особенности общего применения судебных решений, вступивших в законную силу. В этом плане объяснение преюдиции профессором Р.Искендеровым как «**важности фактов и правовых результатов, отраженных в прежних судебных решениях и приговорах для органов предварительного расследования и суда**»<sup>4</sup> можно расценивать как отсутствие выражения важных признаков сути данного вопроса в общем его понимании. Принимая во внимание преюдицию как выражение способа доказательства признака преюдициальности судебного решения, мы также должны отметить такой момент, что преюдициальное значение судебного решения отражает именно процессуальную обязательность, а не ее другое процессуальное значение.

Таким образом, подытоживая все сказанное, понятие преюдиции в уголовном процессе можно определить как «

( \_\_\_\_\_ ), \_\_\_\_\_ , \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ ». Основной аргумент тех, кто оспаривает такое понятие, заключается в том, что признак непровержимости судебного акта не пред-

<sup>4</sup> Искендеров Р.Г. О преюдициальном значении приговора, Советская юстиция. 1990, №22, с. 22.

усмотрен в этом случае и такое толкование преюдиции может привести к снижению престижа решения суда. Мы также дадим объяснение этому вопросу на основе анализа статьи 142 УПК АР.

## 2. Истина как детерминант, оказывающий определяющее влияние на все институты уголовного процесса в Азербайджане

До рассмотрения вопроса о содержании и регулировании института преюдиции в уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджана, считаем необходимым вкратце уделить внимание вопросу истины, оказывающего определяющее влияние на все институты, непосредственно связанные с содержанием преюдиции и уголовного судопроизводства. Это имеет важное теоретическое и методологическое значение как для оценки взаимосвязи между двумя понятиями, так и, в особенности, содержания преюдиции с законодательной точки зрения.

Для большей информированности отметим, что когда часть 7 была добавлена статье 125 Конституции АР, положение об отражении истины в каждом случае в судебном решении, принятом в результате судопроизводства (то есть судопроизводства как по уголовным, так и гражданским и административным делам, прим. авт.) путем внесения в его содержание 18 марта 2009 года положения об «обеспечении выявления истины в судопроизводстве», превратилось в конституционную норму-принцип. Правда, в содержании данной статьи прямо не указано, какими средствами должно обеспечиваться определение истины в судопроизводстве. То есть определение истины подразумевает то, что эта истина должна быть определена процессуальными средствами, используемыми в судопроизводстве. Несмотря на это, определение истины выступает в качестве понятия, которое имеет значение как для уголовного, так и административно-процессуального судопроизводства.

Суть презумпции достоверности судебного решения, вступившего в законную силу, которое составляет логическую основу института преюдиции, также вытекает именно из принципа определения истины. Таким образом, в любом случае достоверность судебного решения, вступившего в законную силу, принимается как презумпция (возможность), и в результате судопроизводства принимается идея о достаточном числе процессуальных средств, которые имеют цель выявления истины в данном решении или достижения этой цели. Принимая во внимание дословное значение слова «презумпция» (*praesumptio* в переводе с латинского языка означает *предположение, возможность*), мы должны ссылаться на мнение, сформированное в процессуальной литературе, которое говорит о том, что правильность судебного решения,

вступившего в законную силу, предполагается или считается возможной в каждом случае, и такое мнение должно расцениваться как суждение, противоречащее статье 125.7 Конституции АР. Кстати, в правовой литературе бытует мнение о том, что презумпция не должна восприниматься как предположение или возможность в праве<sup>5</sup>.

Как видим, положение о выявлении истины в судопроизводстве в Азербайджане является конституционной нормой, и эта норма должна быть отражена в сущности преюдиции.

Но другой важный вопрос в этом случае заключается в том, относится ли признак преюдициальности к судебным актам, принятым в результате судопроизводства в его разных областях? В первую очередь, для определения этого аспекта необходимо уяснить, является ли определение истины целью или принципом в рамках всех типов судопроизводства и в то же время достаточно ли число процессуальных средств.

Хотя часть 7 статьи 127 Конституции АР предусматривает обязанность судопроизводства определять истину, системный анализ многих положений Гражданско-процессуального кодекса Азербайджанской Республики (далее именуется как ГПК АР), в особенности содержание статьи 14 ГПК АР, показывает, что на суд не возлагается обязанность определения истины, и выявление истины по делу противоречит во многих случаях сути и основному предназначению гражданско-процессуального права (решению спора между сторонами). В гражданском процессе суд создает условия, необходимые только для всестороннего, полного и объективного расследования дела с целью выявления истины. Принимая во внимание отражение выявления истины в качестве принципа при всестороннем, полном и объективном расследовании дел, следует отметить, что согласно ГПК АР, суд способен создать условия, лишь предприняв следующие шаги для выявления истины: разъяснить процессуальные права и обязанности сторонам, участвующим в деле; предупредить их о последствиях действий, которые будут реализованы или нет; помочь им воспользоваться процессуальными правами. Суд не имеет других полномочий при выявлении истины, кроме тех, которые указаны выше. Таким образом, в гражданско-процессуальном праве суд не имеет полномочий на сбор доказательств по своей инициативе при выявлении истины в уголовном судопроизводстве (исключая статью 97.1 ГПК АР, предусматривающую полномочие суда назначать экспертизу по своей инициативе). Согласно статье 14.2 ГПК АР, суд должен расследовать и использовать только доказательства, представленные сторонами. В то же время суд обязан

<sup>5</sup> Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Презумпции в уголовном процессе, Российское правосудие. 2008. №4. с. 73.

предложить сторонам завершить судебное разбирательство мировым соглашением и стороны могут либо признать, либо отказаться от иска, исключая случаи, предусмотренные в законе. В последних двух случаях суд должен вынести решение, основываясь на заключении, сделанном сторонами по данному делу. То есть в этом случае заключение по делу, к которому придет суд для того, чтобы принять решение по данному делу, не важно. Важно заключение по основному делу, к которому придут стороны.

Если мы примем во внимание презумпцию достоверности судебного акта в качестве логической основы преюдиции, тогда мы можем прийти к заключению, что при отсутствии определения истины как принципа в гражданско-процессуальном праве АР нелогично считать судебные решения, принятые в рамках соответствующего судопроизводства, имеющими преюдициальную особенность в полной мере.

Для уточнения вопроса о преюдициальности судебных решений, принятых в административно-процессуальном судопроизводстве, необходимо определить, является ли истина принципом в административно-процессуальном судопроизводстве. Поэтому мы также вкратце рассмотрим вопрос, является ли истина принципом административно-процессуального законодательства АР.

Нормы административно-процессуального права, являющиеся новой областью права в Азербайджанской Республике, определены Административно-процессуальным кодексом АР (далее именуется как АПК АР), который вступил в силу 1 января 2011 года. В этом кодексе обязанность суда выявления истины немного в отличающемся содержании отражена в статье 12. Согласно той же статье, суд, не довольствуясь доказательствами и другими материалами по делу, представленными сторонами, обязан в силу своих служебных полномочий рассмотреть все фактические случаи, которые считает важными для правильного решения спора путем показаний, заявления и предложений, данных участниками судебного процесса. В то же время суд на основе своей независимой инициативы или ходатайства участников процесса обязан собрать другие необходимые доказательства. Суд может потребовать от сторон дополнительную информацию и доказательства.

По нашему мнению, исходя из вышеуказанных данных, можно однозначно предположить, что имеется презумпция достоверности судебных решений, принятых в рамках административно-процессуального судопроизводства и вступивших в законную силу, и основой этой презумпции является обеспечение определения истины в рамках данного судопроизводства как принципа в соответствующем судопроизводстве.

### 3. Институт преюдиции в значении *de lege lata* в уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджана

Вопросы, связанные с преюдицией в значении *de lege lata*, регулируются в двух отдельных статьях УПК АР. Так например, статья 65 УПК АР называется «Преюдициальное значение процессуальных решений», а статья 142 – «Преюдиция». Содержание этих статей дает основание полагать, что по сути, даже без статьи 65, отношения, связанные с преюдицией, могут регулироваться статьей 142. Поэтому можно считать обоснованным мнение об исключении статьи 65 из УПК АР.

Принимая во внимание отражение института преюдиции, выступающего как неотъемлемая часть права на доказательство, как способа доказательства, мы проанализируем институт преюдиции на основе статьи 142 УПК. Статья 142.1 УПК АР гласит: «Вступивший в законную силу приговор суда по уголовному преследованию обязателен для дознавателя, следователя, прокурора или суда как в части обстоятельств, установленных в производстве по уголовному преследованию, так и в части их юридической оценки».

Как видим, согласно УПК АР, суд обязан применять содержание другого судебного приговора, вступившего в законную силу, в отношении случаев, входящих в предмет доказательства по делу, рассматриваемому судьей, и их правовой оценке. В этом случае судья не обладает полномочием выявлять истину согласно собственному внутреннему доверию. Это означает, что, если даже судья имеет основанные на доказательствах сомнения относительно случаев, определенных в другом судебном приговоре, связанном с делом, рассматриваемом судьей, и его правовой оценкой, у него не остается другого выхода, кроме как применять судебный приговор, вступивший в законную силу. Так как такой случай не предусмотрен статьей 142 УПК АР, то и, соответственно, согласно статье 141.1.3 УПК АР случаи, определенные решением, имеющим обязательную силу для суда в преюдициальном порядке, считаются доказанными.

Содержание статьи 142.1 УПК дает основание полагать, что при рассмотрении других дел законодатель не дает возможности повторного рассмотрения судебного приговора, принятого и вступившего в законную силу по уголовным делам, и тем самым отдает предпочтение не принципу определения истины в уголовном процессе, а положению о стабильности судебного приговора. В этом случае обязанность определения истины в судопроизводстве основывается на положении об определении истины в рамках предыдущего судопроизводства, то есть ввиду того, что истина уже определена в приговоре по рассматрива-

емому делу, вступившему в законную силу, нет необходимости оспаривать его. Стоит также отметить, что невозможно предположить, что закон отдает в этом случае предпочтение функции предотвращения противоречий. Случай, который позволяет иметь такое суждение, является существование института дополнительной кассации в УПК.

В то же время статья 142.1 УПК в полном объеме ограничивает доказательную функцию сторон обвинения и защиты, а также суда (в особенности, деятельность по сбору доказательств и их оценке) при определении предмета доказательства относительно случаев, определенных и оцененных в приговоре суда, вступившем в законную силу по уголовному делу.

Согласно статье 142.2 УПК АР, судебное решение по гражданским делам, вступившие в силу, считается обязательным для дознавателя, следователя, прокурора или суда в уголовном судопроизводстве только в части определения наличия события или действия, и данное решение не предрешает результат определения виновности обвиняемого лица. Другими словами, если случай наличия события или действия, определенного в судебном решении по гражданскому делу, имеет значение для законного, основательного и справедливого решения обвинения, его повторная проверка со стороны дознавателя, следователя, прокурора или суда запрещается, и вопрос решается так, как отмечено в судебном решении, вступившем в законную силу.

На основе анализа содержания статьи можно прийти к следующим заключениям:

1. УПК АР в ограниченной форме принимает преюдициальность судебных решений, вступивших в законную силу по гражданским делам в гражданском судопроизводстве по определенным вопросам, то есть «в части, где определяется наличие события или действие (это событие или действие предусматривает «случай», входящий в предмет доказательства по уголовному делу при любых случаях);<sup>6</sup>
2. Если случай, определенный в судебном решении по соответствующим вопросам, относится к предмету доказательства по уголовному делу, то считается возможным проведение уголовно-процессуальной деятельности, связанной с определением наличия соответствующего случая, то есть тут предусматривается неопровержимый вид преюдиции в ограниченном объеме;
3. Определение наличия случая в предмете доказательства по уголовному делу судебным решением, вступившим в законную силу по граждан-

скому делу, не устанавливает виновность лица, обвиняемого по делу, то есть не решает вопрос его виновности. По сути это означает, что если наличие события или действия, определяемое судебным решением, вступившим в законную силу, связано с виновностью обвиняемого лица, то неопровержимая преюдициальность этих случаев не признается.

Один из важных вопросов в содержании статьи 142.2 УПК АР связан с нечетким определением именно того, какого рода судебное решение в этом случае. Так например, во время решения спора в гражданском судопроизводстве суд может принять как постановление, так и резолюцию. Становится ясным из контекста, что закон здесь предусматривает резолюцию суда. Ввиду того, что наличие события или действия в гражданском судопроизводстве является вопросом для рассмотрения и решения дела по содержанию, оно может быть определено лишь резолюцией суда. По нашему мнению, в литературе при решении данного вопроса нельзя считать обоснованным рассмотрение вопроса о неопределенности вида соответствующего судебного решения в качестве проблематичного момента.

В нынешнем уголовно-процессуальном законодательстве институт преюдиции регулируется преюдициальностью судебных решений, принятых только в двух видах судопроизводства, т.е. в рамках уголовного и гражданского судопроизводства. Вопрос преюдициальности административно-процессуального законодательства и судебных решений, принятых по административным правонарушениям, остался вообще вне сферы правового регулирования. Несомненно, случаи, определенные такого рода решениями, могут перейти в уголовное судопроизводство в процессе расследования дела. Значение соответствующих судебных решений в уголовном процессе, возможно, не препятствует решению вопроса в рамках суждений, выдвинутых М.С.Строговичем для судебного решения в советском уголовном процессе. Но как видим из краткого анализа, приведенного выше, административно-процессуальный кодекс определяет выявление истины в этом судопроизводстве как обязанность суда, и, основываясь на презумпции достоверности такого рода решений, представляется возможным отражать их преюдициальность в законе, что могло бы стать логическим продолжением содержания статьи 142 УПК АР.

Одним из вопросов, имеющих теоретическое значение, связанное с преюдицией, является преюдициальность решений, принятых органами предварительного следствия. Таким образом, статья 65.1 УПК АР гласит, «Неотменное постановление органа, осуществляющего уголовный процесс, не допускает

<sup>6</sup> Статья 142.2 УПК АР полностью повторяет содержание статьи 13 Уголовного процессуально-судебного кодекса Азербайджанской ССР от 1923 года и статью 28 УПК РСФСР от 1961 года.

принятия нового постановления по тому же самому вопросу. Постановление органа, осуществляющего уголовный процесс,

, в связи с вынесением приговора или иного итогового постановления суда не имеют обязательной силы».

Грамматическая интерпретация содержания статьи дает основание полагать, что , имеют обязательную силу в связи с вынесением приговора суда и принятием судом другого окончательного решения и во время вынесения приговора и принятия другого окончательного решения, суд должен решить вопрос согласно этим решениям или в соответствующем случае, в целом, прекратить рассмотрение дела. Таким образом, масштаб такого рода решения отражен в статьях 39.1.6 и 39.1.7 УПК АР как случаи, исключающие уголовное преследование. К соответствующим решениям относятся приговор суда, вступившее в законную силу или неотмененное решение другого суда, которое делает невозможным уголовное преследование, а также неотмененные решения дознавателя, следователя или прокурора об отказе в возбуждении уголовного дела или его прекращении по тому же обвинению против лица.

Не вдаваясь в детали вопроса относительно правильности отражения правовой силы такого рода решений для суда с теоретической точки зрения в содержании статьи, определяющей преюдициальность решений в уголовном процессе, стоит отметить, что в этом случае исключительность решений спутана с признаками преюдициальности. В частности, функция решения вопроса об определении преюдициальности неотмененного решения дознавателя, следователя или прокурора об отказе в возбуждении уголовного дела или его прекращении по одному и тому же обвинению в отношении лица, фактически выполняется дознавателем, следователем или прокурором, и обязанность суда решить вопрос согласно такому решению во время рассмотрения дела также отражена даже в этом случае.

### III. Положения статьи 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека и институт преюдиции в значении *de lege lata*: сравнительный анализ

#### 1. Положения статьи 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека

Согласно статье 6 Конвенции, каждый имеет право на справедливое судебное разбирательство. Под правом на справедливое судебное разбирательство понимается следующее:

1. Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на судебные заседания в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон, или — в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо — при особых обстоятельствах, когда гласность нарушала бы интересы правосудия.
2. Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена в законном порядке.
3. Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет как минимум следующие права:
  - а) быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения;
  - б) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты;
  - в) защищать себя лично или посредством выбранного им самим защитника, или при недостатке у него средств для оплаты услуг защитника пользоваться услугами назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия;
  - г) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него;
  - д) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке.

Как известно, к прецедентному праву Европейского суда относится не только Конвенция, но также решения, принятые Европейским судом по определенным делам. То есть статьи Конвенции воспринимаются именно через призму комментариев, данных по этим статьям в решениях Суда.

В рамках данного исследования мы более детально проанализируем не все положения права на справедливое судебное разбирательство, а только следующие его части: «каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъяв-

лении ему любого уголовного обвинения **имеет право на справедливое** и публичное **разбирательство** дела в разумный срок независимым и беспристрастным **судом**, созданным на основании закона», и «**каждое лицо, обвиняемое в совершении уголовного преступления, считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком**». По нашему мнению, именно между содержанием этих установок и институтом преюдиции в значении de lege lata существуют определенные различия.

1.1. Прежде всего следует отметить, что понятие «судебного разбирательства» требует, чтобы процесс носил характер судебной тяжбы. Характер судебного спора в судебных разбирательствах по уголовным делам отражает то, что и сторона обвинения, и сторона защиты смогут быть информированы о мнении и доказательствах, представленных другой стороной, и пользоваться равными правами при даче показаний касательно этих доказательств. Необходимость этого положения была также отмечена в делах против Азербайджана. Так например, в деле Аббасова против Азербайджана от 17 января 2008 года, суд в 30-ом пункте особым образом отмечает, что право на справедливое рассмотрение дела в суда предусматривает право равенства сторон и их право на рассмотрение дела на основе принципа судебной тяжбы. Это означает, что как обвиняющая, так и защищающая стороны должны быть информированы о всех доказательствах и письменных примечаниях, представленных суду, и должны иметь возможность давать показания по этим доказательствам и примечаниям (смотри: Брандстеттер против Австрии, решение суда от 28 августа 1991 года, Серия А, жалоба № 211, стр. 27, § 66-67).<sup>7</sup>

Наряду с этим, как отмечается в научной литературе, принцип тяжбы, фигурирующий как неотъемлемая часть права на справедливое судебное разбирательство в прецедентном праве Европейского Суда, считается как равноправие сторон при выборе способов и средств в судебном процессе.<sup>8</sup>

Таким образом, право на справедливое судебное разбирательство отражает то, что как минимум стороны должны обладать равными правами в судебном разбирательстве для того, чтобы суметь защищать позицию, выбранную во время процесса.

1.2. Другим элементом права на справедливое судебное разбирательство является презумпция невиновности. Значение презумпции невиновности заклю-

чается в том, что каждый, кто обвиняется в совершении преступления, считается невиновным до того, как будет доказана его вина согласно закону.

Прежде всего, следует отметить, что существуют общие правила, связанные с различными аспектами этого пункта в прецедентном праве Европейского суда. Важно рассмотреть вопрос, связанный с институтом преюдиции, также с точки зрения необходимости обеспечения права на защиту. В деле Минелли против Швейцарии суд в 37-ом пункте отмечает, что если виновность обвиняемого лица не доказана согласно закону **и в особенности ему не предоставлена возможность воспользоваться правом на защиту**, а мнение о его виновности выражено в соответствующем судебном решении, то тогда нарушается презумпция невиновности. Это касается даже случаев, когда отсутствует формальное решение, и в этом варианте считается достаточным иметь определенную основу, чтобы полагаться на то, что суд посчитал виновным обвиняемого.<sup>9</sup>

## 2. Анализ de lege lata

6

Анализ содержания преюдиции в УПК АР показал, что в кодексе неопровержимый вид преюдиции в полном смысле заключается в приговоре суда и в ограниченном объеме – в решении суда по гражданским делам и в соответствующих случаях, а обвиняемое лицо фактически не имеет возможности подвергать сомнению эти случаи и отрицать их, а также, **в особенности, пользоваться правом на защиту**. Следует отметить, что один из интересных признаков статьи 142 УПК заключается в том, что хотя в статье 142.2 есть пункт, касающийся того, что преюдициальная часть соответствующего решения по гражданским делам «не предрешает вопрос виновности обвиняемого лица», такой пункт не прописан в статье, отражающей преюдициальность судебных приговоров в статье 142.1.

Приняв во внимание причину формирования института преюдиции, а именно разделения процесса и добавив, что приостановка судопроизводства или выделение в отдельное судопроизводство дела о лице или лицах, в связи с невозможностью его или их участия в процессе во время вынесения приговора, вступившего в законную силу, которое считается одной из соответствующих обязательных причин, мы должны прийти к логическому заключению о том, что выносится приговор, который ограничивает право, а иногда при этом лишает обвиняемое лицо права на

<sup>7</sup> <http://dejure.az/h-uezr-avropa-mhkmsinin-qrarlar/1113-abbasov-azrbaucana-qar-ikayt--2427105> Дело Аббасова против Азербайджана, 17 января 2008 года. (Жалоба № 24271/05)

<sup>8</sup> Моул Н., Харби К., Алексеева Л.Б. Европейская конвенция о защите прав и основных свобод человека. Статья 6. Право на справедливое судебное разбирательство. Прецеденты и комментарии. М., 2001, с.64.

<sup>9</sup> ABA ROLİ. Hüquq Maarifçiliyi Cəmiyyəti / Ədalətli Məhkəmə Araşdırması hüququ. Təlim materiallar toplusu. Bakı 2012. 60s.

справедливое судебное разбирательство. Последний не имеет возможность фактически участвовать в процессе рассмотрения приговора, вступившего в силу, отвергать или подтверждать обвинение, выдвинутое стороной обвинения, представить соответствующие доказательства, выбирая свою позицию относительно случаев, касающихся предмета доказательства по делу и, ввиду этого, воспользоваться другими правами, **включая также возможность пользоваться правом на защиту**, так как обвиняемый, не принимающий участия в первом процессе, не будет иметь возможность подвергать сомнению случаи, составляющие предмет доказательства в приговоре, вступившем в законную силу, и вообще участвовать в процессе их определения. Те, кто не принимает эту идею, могут сослаться на то, что в статье 142.1 УПК АР нет ни одного правила, ограничивающего соответствующие возможности защиты. Но нельзя забывать, что единственным органом, который полномочен принимать решение о случаях, входящих в предмет обвинения и доказательстве по уголовному делу, является суд, и для него определено полномочие, в рамках соответствующей статьи, принимать решение по делу, как и в предыдущем деле.

Подытоживая все указанное выше, по нашему мнению, ясно проявляется несоответствие статьи 142.1 УПК АР праву на справедливое судебное разбирательство.

#### IV. Соображения относительно решения проблемы

Считаем, что прежде чем перейти к вопросу решения указанных проблем, необходимо уточнить задачу: стоит ли признать преюдициальность всех судебных актов на уровне законодательства? Впоследствии можно предложить способ решения института преюдиции согласно выбранной концепции.

Наши соображения относительно решения проблемы заключаются в следующем.

Мы считаем, что начиная с И.Ю.Фойницкого, общепринятая мысль в литературе о существовании процессуальных средств и методов, достаточных для определения истины, верна только в уголовном судопроизводстве. В то же время целесообразно отметить необходимость соблюдения принципов уголовного судопроизводства, в частности принципов независимостей судей и оценки доказательств в рамках уголовно-процессуального правового института. Именно с этой точки зрения можно принимать преюдициальность судебного решения, вступившего в законную силу, сохраняя при этом право суда на сомнение, и это необходимо. В противном случае будет невозможно обеспечить стабильность и престиж приговора суда. Наряду с этим, в вопросе виновности обвиняе-

мого на основе судебного приговора, вступившего в законную силу, принятие преюдициальности приговора суда, вступившего в законную силу, недопустимо.

В общем нельзя принимать преюдициальность судебных решений, принятых в других судопроизводствах и вступивших в силу, даже если определение истины будет отражено в качестве принципа в рамках соответствующего судопроизводства. По словам М.С.Строговича, а также по мнению В.Л.Головки<sup>10</sup>, решения такого типа не имеют никакого отличия от доказательств в виде документов.

<sup>10</sup> <http://pravo.ru/review/face/view/73251/>

## Некоторые проблемы реализации права на возбуждение иска в административном судопроизводстве

### I. ВВЕДЕНИЕ

С принятием Кодекса об административном судопроизводстве Республики Армения<sup>2</sup> процесс административного судопроизводства получил правовое регулирование. Были установлены круг субъектов, имеющих право обращения в Административный суд РА, виды административных исков. Однако, в результате применения этих институтов на практике возникли определенные проблемы, связанные с исками, подаваемыми административными органами (в том числе иски о взыскании суммы), формой и содержанием исков, сроками подачи исков, правовыми последствиями неподачи исков в эти сроки. В результате неполного правового регулирования вышеуказанных вопросов в процессе административного судопроизводства для административного органа «установлены» привилегированные условия, что однозначно противоречит целям административного судопроизводства и препятствует реализации права на справедливое судебное разбирательство в части общественных субъективных прав личности.

### II. Подача административного иска как основа применения процедуры административного судопроизводства

Административное судопроизводство как правовой процесс – это поэтапная, логическая последовательность и развитие процессуальных отношений, возникающих в связи с защитой общественных субъективных прав личности, а в отдельных случаях – общественно-государственных интересов, в рамках которых суд осуществляет свои общественно-властные полномочия (административная юстиция).

В представленном определении можно выделить следующие существенные элементы административного судопроизводства:

1. административное судопроизводство является поэтапной, логической последовательностью и развитием процессуальных отношений;

2. эти отношения возникают в связи с защитой общественных субъективных прав личности, а в отдельных случаях – общественно-государственных интересов;
3. через посредство административно-процессуального процесса в правоприменительной практике овеществляется одна из форм реализации судебной власти – административная юстиция.

Административное судопроизводство как правовой процесс характеризуется рядом свойств, посредством которых проявляется его суть; в частности, административное судопроизводство как правомочный правовой процесс имеет:

1. начало и конец;
2. принципы, цели, задачи;
3. процедуру реализации и процессуальную форму;
4. стадии.

Процесс административного судопроизводства берет начало с момента подачи лицом (в отдельных случаях – общественным властным органом) административного иска и завершается в момент вступления в законную силу соответствующего судебного акта, разрешающего спор по существу.

До подачи административного иска процедура, направленная на регулирование процесса административного судопроизводства, представляет из себя совокупность процедурных правовых норм, которая всего лишь является носителем правовой потенциальной энергии, то есть ею всего лишь можно регулировать отношения административного судопроизводства и не более того.<sup>3</sup> Подача административного иска – юридический факт, после которого стартует и начинает действовать наряду с соответствующими правовыми последствиями до этого «находящийся в пассивном состоянии» процесс административного судопроизводства. Подача административного иска является тем стимулом и движущей силой, которые «запускают в дело» процесс административного судопроизводства. Обстоятельство подачи административного иска как реальность, дающая старт процессу административного судопроизводства, получило свое правовое закрепление также в Кодекса административного судопроизводства РА, в частности, согласно норме, установленной статьей 64 указанного Кодекса: *в административном суде дело возбуждается на основании иска.*

<sup>1</sup> Ассистент кафедры конституционного права юридического факультета ЕГУ, канд. юрид.наук.

<sup>2</sup> ОВРА, 2007. 12. 19/64(588).

<sup>3</sup> Подробнее о действии права, необходимых для его реализации условиях, активном поведении субъектов права как важном предварительном условии реализации права, нормах права как носителей и о преобразовании этой энергии см. Гойман В. И. Действие права (Методологический анализ), Академия МВД РФ, 1992, с. 39-41, 118-128.



### III. Правовое регулирование института административного иска в Кодексе административного судопроизводства РА

Глава 11 ("Основание возбуждения дела и виды исков") Раздела 3 Кодекса административного судопроизводства РА посвящена институту административного иска. Статьями 65-68 Кодекса административного судопроизводства РА предусмотрены следующие виды исков: иски об оспаривании, об обязывании, о совершении действия, о признании.

В результате буквального толкования и систематизированного анализа правовых норм правоустановительного характера, закрепляющих указанные виды исков, приходим к выводу, что ими установлены достаточные основания для обеспечения эффективной реализации судебной защиты общественных субъективных прав лиц по спорам, следующим из отношений администрирования с административными органами.

Тем не менее, эффективная реализация судебной защиты по указанным видам исков во многих случаях зависит именно от субъектов, возбуждающих иск. Придавая важность роли участников административно-судебного процесса в вопросе реализации административно-судебного процесса, считаем, что реализация функций административной юстиции в достаточной мере будет затруднена (в некоторых случаях даже не может быть реализована), если стороны не проявляют высокую профессиональную подготовку на стадии возбуждения иска. Полное представление о правовом регулировании административно-судебного процесса и обусловленное этим проявление процедурного поведения сторон в определенной мере играет также предупреждающую роль в связи с ограничением судебного произвола.

Так, в связи с тем, что ответчик – Государственный регистр юридических лиц МЮ РА представил ответ на исковое заявление по административному делу KD/4680/05/09 с нарушением двухнедельного срока, предусмотренного нормой, установленной частью 1 статьи 83 Кодекса административного судопроизводства РА, представители истца ходатайствовали о том, чтобы этот ответ не становился предметом рассмотрения и был возвращен, так как ответчик не представил ходатайство о признании упущенного срока уважительным. Представители истца в качестве правового основания для своего ходатайства сослались на норму, установленную частью 2 статьи 53 Кодекса административного судопроизводства РА, согласно которой *"Поданные по истечении процессуальных сроков исковые заявления, протесты и иные документы не рассматриваются судом и возвращаются лицам, которыми они были поданы, если отсутствует ходатайство о восстановлении права на совершение дей-*

*ствий, обусловленных пропущенными процессуальными сроками"*. Административный суд РА, обратившись к указанному ходатайству, отметил, что рассмотрение этого ходатайства откладывается и к нему обратятся в вердикте, который будет вынесен по административному делу KD/4680/05/09. Возражая против указанного решения суда, сторона-истец, основываясь в своей позиции на положении, установленном частью 2 статьи 5 Конституции РА, заявила, что Административный суд РА не может откладывать рассмотрение указанного ходатайства и разрешить его вердиктом, так как суд не имеет такого полномочия, закрепленного административно-процессуальным законодательством. Более того, сторона-истец привлекла внимание суда к тому обстоятельству, что нормами статьи 99 Кодекса административного судопроизводства РА регулируются также процессуальные вопросы, связанные с рассмотрением ходатайств и вынесением по ним решениям. После возражений представителей стороны-истца Административный суд РА приступил к вынесению решения по представленному ходатайству, в результате чего пришел к выводу, что ответ на исковое заявление согласно норме, установленной частью 2 статьи 53 Кодекса административного судопроизводства РА, является исключением из "иных документов".<sup>4</sup>

Считаем нужным отметить, что относительно нормы, установленной частью 2 статьи 53 Кодекса административного судопроизводства РА, также имеются противоречивые подходы. В частности, Административный суд РА удовлетворил ходатайство стороны истца по административному делу KD/2785/05/10 (**обоснования ходатайство были теми же, что и в административном деле KD/4680/05/09**) и на основании нормы, установленной частью 2 статьи 53 Кодекса административного судопроизводства РА, не сделав предметом рассмотрения представленный стороной-ответчиком ответ на поданное исковое заявление, возвратил его ответчику.<sup>5</sup>

В практике административного судопроизводства немало также случаев, когда в результате именно неверного процессуального поведения, проявленного сторонами (представителями, выступающими от их имени), даже суд бывает не в состоянии исправить ситуацию. Речь, особенно, идет о выборе участвующими в деле лицами процессуальных средств (иски, ходатайства, протесты)<sup>6</sup> и о их применении надлежащим образом. Так, в вопросе защиты общественных субъективных прав личности очень важным является

<sup>4</sup> Решение Административного суда РА от 15 сентября 2010 г. KD/4680/05/09.

<sup>5</sup> Решение Административного суда РА от 3 февраля 2011 г. KD/2785/05/09.

<sup>6</sup> О важности поведения участников судопроизводства в судебных процессах см., например, Колесов П.П. Процессуальные средства защиты права, НовГУ им. Ярослава Мудрого, Великий Новгород, 2004. с. 18.

правильное формулирование выбора последним соответствующего вида иска, его фактических и правовых оснований, а также требования, составляющего предмет иска. В некоторых случаях истцы неверно формулируют предмет иска и/или основания иска, что, в свою очередь, препятствует эффективной реализации их прав средствами защиты административного судопроизводства. В подобных случаях суд “бессилен” сделать что-либо, так как обременен избранным истцом соответствующим видом иска, требованием, составляющим предмет иска, и его основаниями. Важность указанных обстоятельств заключается в том, что тем самым предопределяются предмет доказывания, пределы доказывания, которые придать судебному процессу правовую определенность.

Важность четкого и правильного указания оснований и предмета иска проявляется также в том, что в случае рассмотрения общественно-правовых споров в порядке, установленном главой 21 Кодекса административного судопроизводства РА (“Новое рассмотрение дела по отмененному Кассационным судом судебному акту, разрешающему дело по существу”), лица не имеют права изменять основание, предмет иска или размер исковых требований. Все это играет также профилактическую роль, так как Административный суд РА обременен предметом и основанием иска. Кассационный суд РА рядом своих решений зафиксировал, что рассмотрение Административным судом РА в качестве предмета иска иных требований помимо требований, составляющих предмет иска, и вынесение по ним вердикта является основанием для отмены вынесенных судебных актов.

В результате системного анализа норм, закрепленных в статье 64 Кодекса административного судопроизводства РА, в пункте 4 части 1 статьи 113 того же Кодекса, Кассационный суд РА в решении, вынесенном по административному делу KD/0476/05/08, зафиксировал: *“Из вышеуказанного следует, что суд обязан возбуждать административное дело только на основании соответствующего иска, рассматривать дело и разрешать спор только в пределах исковых требований, предъявленных только по этому делу”*.<sup>7</sup>

Административный суд РА рассматривает также дела по спорам, следующим из общественных правоотношений, которые возбуждаются на основании исков административных органов. Однако, в судебной практике административные органы подают иски, которые не установлены законодательством об административном судопроизводстве. В частности, они подают иски по взысканию суммы, которые не закреплены

законодательством. Не урегулированы также сроки подачи этих исков, требования, предъявляемые к их форме и содержанию. На практике иски по взысканию суммы подаются также в форме встречного иска, и Административный суд РА, как правило, принимает эти иски к производству и выносит по возбужденным на их основании административным делам разрешающие спор по существу судебные акты, не имея тако-го полномочия.

В отличие от кодексов административного судопроизводства других стран,<sup>8</sup> Кодексом административного судопроизводства РА не закреплены задачи и цели административного судопроизводства. Однако по изучению Кодекса административного судопроизводства РА, как целостного нормативного правового акта, непосредственно следует, что целью административного судопроизводства, являющегося формой реализации административного правосудия, является обеспечение судебной защиты общественных субъективных прав и реализации права на справедливое судебное разбирательство лиц посредством осуществления судебного контроля.

В этой ситуации возникает вопрос: следует ли задача не установленных законодательством об административном судопроизводстве исков, возбуждение на их основании дел, вынесение в результате разбирательства по ним судебных актов из принципов законности, закрепленных статьей 5 Конституции РА,<sup>9</sup> из норм, закрепленных статьями 18-19 Конституции РА, статьями 6 и 13 Конвенции о правах и основных свободах человека,<sup>10</sup> статьями 5-6 Кодекса административного судопроизводства РА, и обеспечивается ли реализация целей и задач административного судопроизводства?

Частью 2 статьи 5 Конституции РА закреплено, что *государственные органы и органы местного самоуправления и их должностные лица правомочны выполнять только такие действия, на которые уполномочены Конституцией или законами*.

<sup>8</sup> Например, согласно норме, закрепленной в части 1 статьи 2 Кодекса административного судопроизводства Украины (принят Законом № 2747-IV от 6 июля 2005 года), *задачей административного судопроизводства является защита в отношениях общественно-правовой сферы прав, свобод и интересов физических и юридических лиц от нарушений органов государственной власти, органов местного самоуправления, их должностных лиц и служащих, субъектов, на законодательном основании осуществляющих властные управленческие функции, а также других субъектов, осуществляющих делегированные полномочия*. Согласно норме, установленной частью 1 статьи 1 Закона Республики Молдова “Об административном суде” № 793-XIV, принятого 10 февраля 2000 года, *административный суд как институт права имеет целью ограничить в связи с защитой установленных законом прав лиц злоупотребление властью, передачу полномочий органов общественной власти, а также имеет целью регулирование деятельности органов общественной власти обеспечение правового порядка*.

<sup>9</sup> ОБРА, 12.05.2005, Специальный выпуск, ст. 1426.

<sup>10</sup> ОБРА, 06.05.2002/ 17 (192).

<sup>7</sup> Решение Кассационного суда РА от 26 сентября 2008г. KD/0476/05/08. Кассационный суд РА в связи с рассматриваемым вопросом выразил адекватную позицию также своими решениями KD/7703/05/08 от 24 июля 2009 года, KD/2068/05/08 от 27 мая 2009 года.

Хотя административные органы и уполномочены Кодексом административного судопроизводства (пункт 3 части 2 статьи 3) на обращение в суд с требованием осуществления на основании административного акта взыскания с физического или юридического лица, однако порядок реализации этого их полномочия Кодексом административного судопроизводства РА полностью не урегулирован. Единственный порядок реализации этого полномочия, установленный главой 27 Кодекса административного судопроизводства РА, – это порядок, который касается дел, связанных с изданием платежного поручения.

Более того, статья 114 Кодекса административного судопроизводства РА перечисляет виды разрешающих дело по существу судебных актов, которые может выносить Административный суд РА. Так, административный суд выносит разрешающие дело по существу судебные акты:

- 1) *о признании судебного акта недействительным полностью или в части;*
- 2) *об обязывании административного органа принять административный акт, в принятии которого административный орган отказал или который не принял;*
- 3) *об обязывании участников судебного процесса и других лиц совершить определенные действия или воздержаться от их совершения;*
- 4) *о наличии или об отсутствии правоотношений, либо ничтожности административного акта полностью или в части;*
- 5) *о признании неправомерным правового акта вмешательства, не имеющего более юридической силы;*
- 6) *о признании недействительным нормативного правового акта полностью или в части;*
- 7) *о признании неправомерным утратившего силу нормативного правового акта полностью или в части.*

Как видим, Кодекс административного судопроизводства РА не предусмотрел вид судебного акта относительно вынесения вердикта о взыскании суммы. В этом случае в контексте регулирования, установленного вышеуказанной правовой нормой Конституции РА, неправомерны и решения административных органов, вынесенные в результате рассмотрения исков по взысканию сумм.

Статьей 71 Кодекса административного судопроизводства РА предусмотрены сроки подачи исков об оспаривании, об обязывании, о совершении действия, о признании. Если лица подают иски после установленных сроков, то это является основанием для отказа в принятии иска или отказа в иске, уже принятом к производству.

Для исков административных органов по взысканию суммы законодательством по административным

делам срок не закрепляется. На практике административные органы эти иски подают тогда, когда считают это целесообразным. Во многих случаях административные органы подают по административным делам, возбужденным на основании иска об оспаривании физического или юридического лица (которые уже рассматривались год или более), встречные иски, которые принимаются к производству судами без каких-либо препятствий.

Согласно норме, установленной частью 1 статьи 6 Конвенции о защите права и основных свобод человека, *каждый, когда выносится решение по его гражданским правам и обязанностям или в связи с предъявленным ему любым уголовным обвинением, имеет право на справедливое и публичное судебное разбирательство своего дела в разумный срок созданным на основании закона независимым и беспристрастным судом.*

Сопоставляя вышеуказанное с положением, закрепленным в части 1 статьи 6 Конвенции о защите права и основных свобод человека считаем, что нарушается право лиц (физических и юридических) на справедливое судебное разбирательство, так как для участника судопроизводства, являющегося административным органом, в отличие от физического или юридического лица, устанавливаются привилегированные условия. По нашему мнению, такое положение противоречит также целям административного судопроизводства. В частности, в системе правового регулирования целью административного судопроизводства является обеспечение судебной защиты общественных субъективных прав личности по спорам, следующим из общественно-правовых отношений, и реализации права на справедливое судебное разбирательство. Если процедурное регулирование или суд в процессе административного судопроизводства устанавливает (фактически обеспечивает) для административного органа привилегированные условия, то это однозначно препятствует реализации целей административного судопроизводства, реализации права личности на справедливое судебное разбирательство.

#### IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В результате системного обобщения вышеизложенного в Кодекс административного судопроизводства РА, по нашему мнению, должны быть внесены дополнения и/или изменения, в результате которых подаваемые административными органами иски (в том числе и иски о взыскании суммы), формы и содержание исков, сроки подачи исков, правовые последствия неподачи исков, виды разрешающих дело по существу судебных актов, выносимых судом по искам административных органов, будут подвергнуты полному правовому регулированию.

# Проблемы внесудебного обращения взыскания на имущество

## 1. Введение

Проблема внесудебного обращения взыскания на имущество должника в Армении имеет актуальное значение в связи с тем, что разработаны две концепции, так или иначе связанные с этими вопросами.

Речь идет, во-первых, о проекте концепции Административного кодекса, где прямо указывается на возможность внесудебного обращения взыскания на имущество граждан и юридических лиц. Согласно данной концепции, процесс принудительного обращения взыскания на имущество должен происходить на основании административного акта о наложении административного штрафа. Сам административный акт в этом случае становится исполнительным документом для принудительного исполнения службой судебных приставов.

Во-вторых, проект концепции развития нотариальной системы также предусматривает возможность внесудебного обращения взыскания на имущество должника по исполнительной надписи нотариуса. Согласно этой концепции, принудительное обращение взыскания на имущество станет возможным по исполнительным надписям нотариусов, однако только тех нотариусов, которые удостоверили соответствующую сделку сторон договорного отношения.

Думается, глубокое изучение проблем внесудебного обращения взыскания на имущество, а также продуманное внедрение этого института может положительно повлиять на эффективность правовой системы. Вместе с тем, следует иметь в виду, что проблема связана с институтом защиты права собственности и поэтому любое изменение законодательства и практики правопонимания в этой сфере должно быть обоснованным и необходимым. Также необходимо учесть, что проблема внесудебного обращения взыскания на имущество является общеправовой проблемой. Ее необходимо изучать комплексно, как с точки зрения гражданского права, так и с позиций конституционного права, гражданского процесса, административного права, административного процесса и т. д.

## 2. Внесудебное обращение взыскания на имущество по административным актам

В Республике Армения по объективным причинам загруженность судов постоянно растет. Это связано также и с тем, что административные штрафы принудительно взыскиваются только в судебном порядке. Количество назначенных штрафов растет благодаря использованию технических средств, фиксирующих административные правонарушения. В частности, речь идет о нарушениях правил дорожного движения.

Для решения проблемы загруженности судов на определенном этапе развития судебно-правовой системы был предусмотрен институт приказного производства, в рамках которого рассматривались определенные дела, в том числе дела, связанные с уплатой административных штрафов.<sup>2</sup> Анализируя порядок приказного производства и его эффективность с точки зрения осуществления правосудия, сторонники идеи внесудебного обращения взыскания справедливо отмечают, что рассмотрение дела в порядке приказного производства не является полноценным и эффективным судебным рассмотрением спора.

По этой причине возникает дилемма: либо отказаться от судебного обращения взыскания на имущество и перейти к административному порядку, либо отказаться от приказного производства, а вопросы обращения взыскания на имущество рассматривать в рамках полноценного искового производства.

Однако, следует иметь в виду, что переход к искомому рассмотрению дел еще больше загрузит суды и усугубит проблему. Для эффективного решения вопроса необходим сбалансированный подход с применением элементов систем судебного и административного взыскания.

Что касается вопроса защиты прав собственников, необходимо отметить, что система внесудебного обращения взыскания также содержит определенные гарантии защиты их прав. В частности, при назначении административного взыскания в виде штрафа нарушитель в течение определенного срока вправе оспорить данное решение в суде. В подобных случаях спор рассматривается в порядке искового производства и тем самым обеспечивается вынесение объективного и обоснованного решения. По истечении срока обжалования административный акт вступает в силу и дальнейшее его обжалование юридически становится невозможным.

Действительно, с этой точки зрения право на судебную защиту ставит под вопрос процедуру обязательного судебного порядка обращения взыскания на имущество. Вместе с тем, следует учесть, что сфера

<sup>1</sup> Заведующий кафедрой гражданского права и гражданского процесса Института права и политики Российско-Армянского/Славянского/ университета, доцент, канд. юрид. наук

<sup>2</sup> См. Административно-процессуальный кодекс РА. Официальный вестник РА, 19.12.2007, N64 (588).

применения административного штрафа связана не только с административными отношениями. Никто не оспаривает идею вступления административного акта в силу по истечении определенного срока и возможность его дальнейшего внесудебного принудительного исполнения. Однако в данном случае речь идет не только об административном акте, но и о принудительном лишении права собственности. То есть при обращении взыскания на имущество за неуплату штрафа административные отношения сталкиваются с гражданско-правовыми. Проблем бы не возникало, если бы речь шла только об административных отношениях. К примеру, когда лицо лишается водительских прав административным актом и впоследствии, после вступления в силу, этот акт принудительно исполняется в административно-правовом порядке.

Система, которая допускает принудительное обращение взыскания на имущество исключительно на основании судебного решения, направлена на защиту прав собственника. Обязательный судебный порядок судебного взыскания является одной из гарантий защиты собственности. Однако, рассматривая дело, к примеру, об административном правонарушении и назначении штрафа, суд не рассматривает вопросы, связанные с имущественными отношениями. Суд в ходе разбирательства и не подразумевает, в отношении какого конкретного имущества принудительно прекратится право собственности. По этой причине складывается впечатление, что судебный порядок обращения взыскания по сути гарантирует только лишь то, что административное взыскание наложено в рамках закона. Судебный спор касается только этих вопросов. В подобных случаях говорить о том, что судебный порядок рассмотрения дела является гарантией эффективной защиты права собственности, не приходится.

Вместе с тем, судебный порядок гарантирует законность оснований принудительного обращения взыскания. Эта уверенность и дает собственнику ощущение защищенности. Никакой административный орган не в состоянии заменить судебное постановление, в том числе вынесенное в виде судебного приказа. И дело не только в психологическом аспекте ощущения законности принудительного лишения права собственности. На самом деле суд выступает в роли гаранта законности всего процесса, своеобразного фильтра. Никакие административные органы, никакие системы административного обжалования не в состоянии заменить судебную систему с присутствием только ей механизмом судебного контроля.

Во многих странах, где применяется система внесудебного обращения взыскания, действует концепция, согласно которой административно-правовое взыскание в корне отличается от гражданско-право-

вого. «Система административных взысканий проявляет свойство относительно самостоятельной категории, обуславливающей сравнительную автономность ее функционирования, степень которой определяет уровень данной системы.»<sup>3</sup>

Так например, обязанность, возникающая вследствие неуплаты административного штрафа, рассматривается в качестве конституционной обязанности, и государство начинает претендовать на часть имущества нарушителя, равную сумме штрафа. То есть, совершив административный проступок, за который предусматривается штраф, субъект лишается части своего имущества. В отношении налоговых обязательств, в частности, касательно налога на имущество, действует схема, согласно которой имущество собственника изначально, с момента создания или приобретения, находится под обременением в виде обязанности собственника по уплате соответствующего налога. То есть государство изначально претендует на часть имущества любого собственника в размере налоговой ставки.

### 3. Процедура обращения взыскания на имущество

С учетом того, что вопросы обращения взыскания по административным штрафам в Республике Армения рассматриваются административными судами в рамках приказного производства, следует остановиться на недостатках и преимуществах этого производства.

В соответствии со ст. 154 Административно-процессуального кодекса Республики Армения административный орган, наложивший штраф, обращается с заявлением в суд в порядке приказного производства. Несмотря на то что в приказном производстве ответчик не участвует, нельзя говорить о том, что приказное производство носит формальный характер и практически ничего общего не имеет с осуществлением правосудия. В отличие от административного порядка, где вынесенный административный акт после вступления в силу непосредственно исполняется службой судебных приставов, заявление о вынесении судебного приказа может быть отклонено.

Согласно ст. 156 Административного кодекса, суд отказывает в вынесении судебного приказа в двух случаях: если исковое заявление не соответствует требованиям кодекса и если соответствующий административный акт не имеет юридической силы или является ничтожным. То есть соответствующая процедура уже играет роль определенного фильтра и является гарантией того, что не имеющие юридической силы административные акты не будут принудитель-

<sup>3</sup> Максимов И.В. Система административных наказаний: понятие и признаки, журн. Государство и право, N4, 2005., с. 23.

но исполнены. Кроме того, отказ в вынесении судебного приказа может быть обжалован в Апелляционном административном суде.

Несмотря на то что приказное производство не является достаточно эффективным способом защиты прав, сам факт нахождения дела в суде может положительно повлиять на объективность всего процесса. В частности, дополнительно обеспечивается информированность лица о применении в отношении его административного штрафа, так как административные органы не всегда должным образом оповещают о наложении штрафа. Это обстоятельство также необходимо учитывать особенно в условиях, когда административно-правовая система находится на стадии становления.

#### 4. Законодательное обеспечение возможности обращения взыскания

Рассматривая возможность применения системы внесудебного обращения взыскания, следует остановиться также на правовой возможности внедрения этого института.

В отличие от многих стран, где на конституционном уровне и на уровне гражданского законодательства нет препятствий для внедрения института внесудебного обращения взыскания,<sup>4</sup> действующее законодательство Армении довольно жестко регулирует эти вопросы.

Согласно статье 31 Конституции Республики Армения, собственника можно лишить имущества только в установленных законом случаях на основании судебного постановления. Развивая данное положение в рамках рассмотрения вопроса о конституционности статьи 218 Гражданского кодекса Республики Армения, Конституционный Суд в своем постановлении от 18.04.2006 года за номером СДО-630 истолковал содержание статьи 31 Конституции РА и указал, что за невыполнение обязательств в качестве меры ответственности собственности можно лишить исключительно в судебном порядке. Причем, согласно трактовке пункта 8 вышеуказанного постановления, речь идет не только о гражданско-правовой, но и административной и иной ответственности.

Кроме того, следует учесть также соответствующие нормы гражданского законодательства Республики Армения. В частности, согласно статье 281 Гражданского кодекса Республики Армения, обращение взыскания на имущество должника возможно только в двух случаях: либо на основании судебного решения, либо на основании соответствующего договора.<sup>5</sup>

Таким образом, гражданское законодательство Армении не предусматривает возможности установления законом внесудебного порядка принудительного лишения права собственности.<sup>6</sup>

Как уже было отмечено, проблема судебного обращения взыскания на имущество не является чисто гражданско-правовой. Норма статьи Гражданского кодекса о судебном порядке обращения взыскания относится к сфере гражданского процесса. Точно так же, если статья в установленных законом случаях предусматривает возможность внесудебного обращения взыскания, то это тоже норма гражданско-процессуального характера.<sup>7</sup>

Вместе с тем, судебный порядок принудительного лишения собственности тесно связан с проблемой гражданско-правовой защиты права собственности. По этой причине внесудебный порядок принудительного обращения взыскания на имущество должника возможен только после установления подобной возможности в нормах гражданского законодательства.

Что касается вышеуказанного толкования конституционной нормы Конституционным Судом, следует иметь в виду, что законодательство Республики Армения предусматривает возможность решения и этой проблемы. Так, ст.68 закона РА "О Конституционном Суде" предусматривает возможность пересмотра ранее высказанной правовой позиции, если с момента вынесения постановления прошло не менее семи лет и если появилась новое понимание проблемы.<sup>8</sup>

#### 5. Заключение

Обобщая вышесказанное, следует отметить, что проблема внесудебного обращения взыскания является довольно важной как с точки зрения защиты прав собственников, так и с точки зрения эффективного функционирования системы административно-правового взыскания. По этой причине правовая система должна обеспечить сбалансированный подход в сфере оптимального соотношения публично-правовых и частноправовых интересов. Что касается Республики Армения, то система внесудебного принудительного обращения взыскания на имущество может быть внедрена после соответствующих законодательных изменений.

<sup>6</sup> В некоторых странах гражданское законодательство допускает возможность в установленных законом случаях внесудебное обращение взыскания на имущество и принудительное лишение права собственности. В частности, см. ст. 237 Гражданского кодекса Российской Федерации

<sup>7</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации в 3-х т., т. 1. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой/ под ред. Абовой Т.Е., Кабалкина А.Ю., Ин-т государства и права РАН. 3-е изд., перераб. и доп., М., Юрайт-Издат, 2006, с. 669.

<sup>8</sup> Официальный вестник Республики Армения. 2006/32 /487/, 21.06.2006.

<sup>4</sup> См. Статья 14 Конституции Германии.

<sup>5</sup> Официальный вестник Республики Армения. Гражданский кодекс РА. Специальный выпуск. 10.08.2007.

Вместе с тем, следует иметь в виду, что в Армении перечень имущества физических лиц, на которое не может быть обращено взыскание, довольно узок. Согласно ст. 51 закона РА “О принудительном исполнении судебных актов”, не может быть обращено взыскание на используемые в быту предметы домашнего обихода, одежду, детские принадлежности, за исключением тех вещей, которые представляют определенную ценность; на предметы, необходимые для профессиональной деятельности, если лицо не лишено права заниматься определенным видом деятельности; на определенное количество домашних животных, если лицо занимается сельскохозяйственной деятельностью; на предметы, используемые для передвижения инвалидов, а также на вещи, стоимость которых не превышает 5.000 драмов.<sup>9</sup>

То есть законодательство Армении допускает принудительное обращение взыскания также на единственное жилье, в котором проживает должник. По этой причине в случае внедрения системы внесудебного обращения взыскания следует предусмотреть определенные ограничения.

Во-первых, внесудебное принудительное взыскание не должно распространяться на недвижимое имущество физического лица или, по крайней мере, на жилые помещения, принадлежащие должнику.

Во-вторых, с учетом того, что в определенных сферах деятельности за административные правонарушения установлены довольно высокие штрафные санкции, целесообразно в законодательном порядке установить определенный предел размера штрафных санкций для внесудебного обращения взыскания. Если сумма назначенного штрафа будет превышать данный предел, то принудительное обращение взыскания должно осуществляться исключительно на основании судебного постановления.

<sup>9</sup> Официальный вестник Республики Армения.1998/12/45/, 15.06.1998 г.

## Надлежащее уведомление участвующих в деле лиц в контексте справедливого судебного разбирательства

### I. ВВЕДЕНИЕ

*Присутствие участвующих в деле лиц в судебном заседании, реализация их права быть услышанными в суде при равных, конкурентных условиях – все это не было бы предметным без надлежащего их уведомления о месте и времени судебного заседания. Такое уведомление в качестве средства гарантирует соблюдение важнейших принципов судопроизводства и создает предпосылки для обеспечения осуществления справедливого судебного разбирательства.*

*В представленной статье будут рассмотрены проблемы, возникающие в связи с надлежащим уведомлением при рассмотрении в Республике Армения дел в гражданско-процессуальном порядке, позиция Кассационного суда РА, существующие вызовы и возможные законодательные решения в связи с ними.*

### II. Проблемы в связи с надлежащим уведомлением. Общее описание судопроизводства

Суд извещает участвующих в деле лиц и других участников судопроизводства о времени и месте как подготовки к судопроизводству, так и рассмотрения дела, выполнения отдельных процессуальных действий и вызывает их в суд судебными повестками.<sup>2</sup> Из этого следует, что надлежащее уведомление участвующих в деле лиц и других участников судопроизводства является важной гарантией реализации принципа законности, несоблюдение которого приводит к определенным правовым последствиям. В частности, вердикт во всех случаях подлежит отмене, если суд рассмотрел дело в отсутствие одного из участвующих в нем лиц, которое не было уведомлено надлежащим образом о времени и месте заседания.<sup>3</sup>

Повестки отправляются участвующим в деле ли-

цам и их представителям с таким расчетом, чтобы они имели достаточное время для подготовки к делу и явки в суд. Следовательно, надлежащим не может считаться извещение, отправленное всего за один день до судебного заседания, либо когда повестка получена за день-два до судебного заседания. Подобные ситуации неоднократно подвергались оценке вышестоящих судебных инстанций (Апелляционных и Кассационных судов) и фиксировались как нарушение права личности на справедливое судебное разбирательство, так как последней не была предоставлена возможность подготовиться к делу и организовать свою защиту. Участвующие в деле лица в подобных ситуациях безусловно не лишены права ходатайствовать перед судом об отсрочке судебного заседания, однако непредставление такого ходатайства само по себе не может смягчить факт ненадлежащего уведомления.

В Армении в процессе уведомления участвующих в деле лиц в ходе гражданского судопроизводства возникали и возникают многочисленные вопросы. Условно эти проблемы можно разделить на проблемы до формирования Кассационным судом РА позиции относительно надлежащего уведомления и после этого. После 2006 года, когда Кассационный суд фактически начал осуществлять реализацию своей функции по формированию единой судебной практики, закрепленной Конституцией РА, было вынесено порядка 40 судебных актов, в которых Кассационным судом дана правовая оценка проблемам и упущениям, возникающим в ходе надлежащего уведомления лиц, участвующих в деле в процессе гражданского судопроизводства.<sup>4</sup>

Изучение практики позволяет настаивать на том, что хотя и формальная сторона судебной повестки соблюдалась судами, тем не менее в содержательном аспекте имели место препятствия, выразившиеся в их неверном правовом восприятии. Если, с одной стороны, суды соблюдали требования статей 78-80 и 94 Гражданского процессуального кодекса РА,<sup>5</sup> с другой стороны, соблюдение этих положений проявляется исключительно с формальной стороны. Суд, в частности, в установленном законом порядке уведомлял истца или ответчика о времени и месте судебного заседания, однако не принимал достаточных мер для того, чтобы стороны могли иметь возможность представления своей позиции в ходе заседания, например, начав рассмотрение дела с

<sup>1</sup> Советник председателя Кассационного суда Республики Армения, канд. юрид. наук, преподаватель Ереванского Государственного Университета.

<sup>2</sup> См. Петросян Р.Г., Гражданское судопроизводство Армении, 3-е издание, Ереван, 2007.

<sup>3</sup> См. Подпункт 2 пункта 2 статьи 228 Гражданского процессуального кодекса РА, Гражданский процессуальный кодекс РА принят 17.06.1998 г., ОВРА 1998.09.09/20(53), по состоянию на 25.12.2012 г., доступен на сайте: [www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=75263](http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=75263)

<sup>4</sup> Указанные вердикты Кассационного суда РА по состоянию на 25.12.2012 г. доступны на сайте [www.armlaw.am](http://www.armlaw.am).

<sup>5</sup> Статьи 78-80 Гражданского процессуального кодекса РА включены в главу II под заглавием “Судебные повестки” и касаются порядка отправления судебных повесток, содержания помещаемых в них сведений, а статья 94 того же Кодекса регулирует случаи, когда неизвестно местонахождение стороны-ответчика либо необходимо объявить розыск ответчика и его имущества.



существенным запозданием.<sup>6</sup> В другом случае суд, не имея доказательств надлежащего уведомления сторон относительно судебного заседания (в настоящее время таковым является представленная почтовым отделением квитанция за подписью получившего его лица), тем не менее начинает рассмотрение дела.<sup>7</sup>

В целом можно отметить, что на этом этапе формирования практики приоритетным является формирование единого подхода к правовому регулированию, связанному с уведомлением. Таким образом ставится вопрос, как на практике должно быть осуществлено уведомление лиц, участвующих в деле, относящемся к тому или иному процессуальному действию, чтобы оно считалось надлежащим в контексте справедливого судебного разбирательства?

Краеугольный камень в разрешении вопроса был заложен 26 октября 2006 года вердиктом Кассационного суда.<sup>8</sup> Уведомление участвующих в деле лиц в соответствии с буквой и духом закона предполагает активные действия суда относительно дня, часа и места судебного заседания, которые должны быть осуществлены с использованием средств и способов, предусмотренных статьей 78 Гражданского процессуального кодекса РА. При этом, независимо от способа уведомления, это уведомление должно быть таким, чтобы имелась возможность доказать факт уведомления участвующему в деле лицу (лицам) о судебном заседании.

Следует отметить, что право участвующих в деле лиц быть уведомленными о часе и месте судебного заседания и обязанность суда по уведомлению непосредственно связаны с гарантированным Конституцией РА общим принципом равенства всех перед законом и следующими из него и установленными Гражданским процессуальным кодексом РА принципами состязательности и равенства сторон. Указанные принципы в полном объеме могут осуществляться только в том случае, когда каждому из участвующих в деле лиц предоставляется возможность присутствия в судебном заседании. Именно по этой причине уведомление участвующих в деле лиц о дне, часе и месте судебного заседания является обязанностью суда, несоблюдение которого согласно статье 227 Гражданского процессуального кодекса РА является

существенным нарушением гражданского процессуального закона.

Следует также отметить, что Кассационный суд зафиксировал нарушение гарантированного статьей 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека права (далее – Конвенция) на справедливое судебное разбирательство в случае несоблюдения требования об уведомлении.

Ссылаясь на позицию ЕСПЧ, Кассационный суд РА отметил, что несмотря на отсутствие в части первой статьи 6 Конвенции непосредственного указания, Европейский суд по правам человека в своем прецедентном праве выразил позицию относительно того, что договаривающиеся государства не только должны зафиксировать право на судебную защиту гражданских прав, но и конкретными делами обеспечить реальную возможность реализации этого права личностью.<sup>9</sup> Следовательно, суд первой инстанции, вынося вердикт в отношении прав лица, не ставшего участником в деле, не обеспечил реальное участие ответчика в разбирательстве дела, лишив его прав, гарантированных статьей 6 Конвенции.<sup>10</sup>

Здесь считаем нужным отметить, что проблема уведомления участвующих в деле лиц в Армении в тот же период стала предметом рассмотрения также Европейским судом по правам человека (далее – ЕСПЧ) в 2007 году. По делу *Никогосян и Мелконян против Армении* ЕСПЧ зафиксировал, что имело место нарушение части 1 статьи 6 Конвенции, не соблюден принцип равенства сторон.<sup>11</sup> Факты по указанному делу приводили к тому, что Апелляционный суд направил заявителям судебные повестки за десять дней до судебного заседания, однако до последних они дошли после судебного заседания. Несмотря на указанное обстоятельство, Апелляционный суд созвал заседание, на котором присутствовал представитель другой стороны, а заявители отсутствовали.<sup>12</sup> ЕСПЧ напомнил, что в случае, когда судебное разбирательство включает противоположные частные интересы, явля-

<sup>6</sup> Наряду с другими см. вердикт Кассационного суда РА от 27.03.2007 года по гражданскому делу 3-118/KD *Сасун Хачатрян против Армена Маргаряна и Ереванской мэрии*, по состоянию на 25.12.2012 г. доступно на сайте [www.armlaw.am](http://www.armlaw.am).

<sup>7</sup> Наряду с другими см. вердикт Кассационного суда РА от 27.03.2008 года по гражданскому делу 3-194/A, ЗАО *“Глендейл Хилл” против Андраника Барумяна, Эммы Авагян*, по состоянию на 25.12.2012 г., доступно на сайте [www.armlaw.am](http://www.armlaw.am).

<sup>8</sup> См. вердикт Кассационного суда РА от 26.10.2006 года по гражданскому делу 2-2128/A, ЗАО *“Армсвязь банк” против Шагена Бабаяна*, по состоянию на 25.12.2012 г. доступно на сайте [www.armlaw.am](http://www.armlaw.am).

<sup>9</sup> Комментарий статьи 6 Конвенции см. в пункте 28 решения Европейского суда по правам человека от 12.02.1985 г. по делу, 9024/80 *COLOZZA v. ITALY*, по состоянию на 25.12.2012 г. доступно на сайте <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57462>.

<sup>10</sup> Упомянутое решение Кассационного суда РА, будучи первым в вопросе разрешения проблемы, возникшей в связи с надлежащим уведомлением и формированием единой практики, направил судебную практику в сторону обеспечения полноценной и предметной реализации личностью своего права быть услышанным в суде по своему делу. Результат более чем очевиден: с 2011 года по настоящий день Кассационным судом не зафиксировано нарушение права на справедливое судебное разбирательство по основанию необеспечения надлежащего уведомления и, следовательно, по этому основанию им не отменен какой-либо судебный акт.

<sup>11</sup> См. заключительную часть вердикта ЕСПЧ от 06.12.2007 г. 11724/04, 13350/04 по делу *NIKOGHOSYAN AND MELKONYAN v. ARMENIA*, по состоянию на 25.12.2012 г. доступно на сайте <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83884>.

<sup>12</sup> См. там же пункты 19-23.

ощееся одним из признаков понятия справедливого судебного разбирательства требование о равенстве сторон предполагает, что каждой стороне должна быть дана разумная возможность представления своих доводов, включая доказательства, в таких условиях, которые не ставят его в существенно менее благоприятные условия по сравнению с противоположной стороной. Более того, неуведомление властями одной из сторон судебного разбирательства с тем, чтобы ему была предоставлена возможность осуществления права на присутствие, может в определенных случаях приводить к возникновению вопросов в связи с частью 1 статьи 6 Конвенции.

ЕСПЧ находит также, что Апелляционный суд, проведя судебное заседание в отсутствие заявителей, не проверил как следует, уведомлены ли заявители надлежащим образом о заседании. Представитель ответчика присутствовал в заседании и устно представил свои доводы и разъяснения, в отношении которых заявители не имели возможности представить свою позицию. Они также не имели возможности представления своих устных доводов в защиту своего иска. Это упущение не было исправлено согласно тому факту, что заявители могли опротестовать вердикт в Кассационном суде, так как последний, в отличие от Апелляционного суда, не производит полное пересмотрение по делу. Из этого следует, что по обстоятельствам настоящего дела не соблюден принцип равенства сторон.

Как можно заметить, решения Кассационного суда РА и ЕСПЧ оказали непосредственное влияние в вопросе устранения проблем, возникающих во внутригосударственных судах в ходе надлежащего уведомления участвующих в деле лиц, в частности, в вопросе формирования единообразного правового восприятия. С другой стороны, следует заметить, что суды, имея в максимальной степени цель обеспечить участие лица в судебном заседании или создать гарантию для такого участия, сталкиваются с другой проблемой – затягиванием сроков рассмотрения дела.

### III. Имеющиеся вызовы и возможное законодательное разрешение

То, что в настоящее время в судах сформировалось единообразное применение правовых положений, регулирующих уведомление участвующих в деле лиц, и существенно уменьшились случаи непривлечения лица к участию в судебных заседаниях или отдельных процессуальных действиях, еще не означает, что в связи с этим вопросом нет проблем.

Изучение существующей практики показывает, что зачастую надлежащее уведомление участвующих в деле лиц обеспечивается за счет сроков

разбирательства дела. Это в значительной мере является проблемой действующего правового регулирования, так как соответствующие положения Гражданского процессуального кодекса РА считают уведомление лица обязательным, иначе говоря, суд должен удостовериться, что повестка получена лично лицом. Между тем, зачастую в разумные сроки разбирательства дела невозможно обеспечить надлежащее уведомление лица лично, так как стороны по разным причинам часто избегают получения повесток. Получается, что направленные на надлежащее уведомление действия приводят к нарушению другой составной части права на справедливое судебное разбирательство – права на рассмотрение дела в разумный срок.

В главу под заглавием “Судебные повестки” Гражданского процессуального кодекса РА после принятия Кодекса в 1998 году не вносились изменения до 2012 года. Такие изменения были обусловлены прогрессом, зафиксированным в различных сферах общественной жизни, и имели цель дополнительно еще одним механизмом обеспечить надлежащее уведомление участвующих в деле лиц. Содержание изменения приводит к тому, что истец в представленном им исковом заявлении, ответчик в своем ответе, а третье лицо и заявитель в своих заявлениях могут указать адрес своей электронной почты, по которому отправленная судом электронная повестка уведомляет их надлежащим образом, если имеется электронное подтверждение на их получение.<sup>13</sup>

Фактически такое законодательное регулирование создало еще одну гарантию обеспечения не только надлежащего уведомления, но и уведомления в сжатые сроки. Иной вопрос, однако, что на практике такая форма уведомления почти отсутствует. В этом аспекте следует считать прогрессивной часто применяемую в административном судопроизводстве форму электронного уведомления. Согласно регулированию, предусмотренному Кодексом административного судопроизводства РА, если адрес участника судопроизводства не известен, то надлежащим уведомлением считается размещение повестки на официальном Интернет-сайте публичных извещений Республики Армения.<sup>14</sup> Первое такое уведомление в административном судопроизводстве было произведено в мае 2011 года и после этого на официальном Интернет-сайте публичных извещений ([www.azdarar.am](http://www.azdarar.am)) по настоящий день размещено бо-

<sup>13</sup> См. статью 1 Закона РА “О внесении дополнений в Гражданский процессуальный кодекс Республики Армения” от 22.03.2012 г., ЗР-37-Н, ОБРА 2012.04.11/19(893), по состоянию на 25.12.2012 г. доступен на сайте [www.arlis.am/DocumentView.aspx?docid=74983](http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?docid=74983).

<sup>14</sup> См. Часть 2 статьи 62 Кодекса административного судопроизводства РА, ОБРА 2007.12.19/64(588), по состоянию на 25.12.2012 г. доступен на сайте [www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=78326](http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=78326).

лее 700 уведомлений.<sup>15</sup> Следуя этому опыту, в проекте закона РА «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс РА»<sup>16</sup> были зафиксированы правила, которые предусматривают более гибкое регулирование для надлежащего уведомления участвующих в деле лиц. Так, предусматривается сохранение уведомления не только через посредство электронной почты, но и размещение уведомлений на официальном Интернет-сайте публичных извещений. Кроме этого, сторона рискует, не сообщив суду в ходе судопроизводства об изменении своего места жительства или местонахождения, так как она будет считаться уведомленной надлежащим образом, хотя и направленная по ее адресу повестка возвращена в суд по основанию, что данное лицо более не проживает по указанному адресу.

Думаем, что при таком регулировании станет возможным уравнивание разрешения проблем, связанных с одной стороны с надлежащим уведомлением лиц, а с другой стороны – с рассмотрением дел в разумные сроки.

#### IV. Заключение

Выводы по результатам рассмотренного вопроса приводят к тому, что существенным образом уменьшились случаи неуведомления или ненадлежащего уведомления лиц, отмены судебных актов по этому основанию. Этому способствовали как судебная практика, сформировавшаяся в результате решений Кассационного суда РА, так и повышение уровня правового восприятия. Тем не менее остаются вопросы, ответ на которые невозможно дать исключительно посредством судебных актов. Необходимы как новое правовое регулирование обеспечения уведомления, которое созвучно существующей действительности, так и совершенствование правосознания общества.

Думаем, что в ближайшем будущем новое законодательное регулирование, связанное с судебными повестками, будет способствовать повышению эффективности уведомления и полноценной реализации права на справедливое судебное разбирательство.

<sup>15</sup> См. подраздел «Органы судебной власти РА» раздела «Объявления» сайта [www.azdarar.am](http://www.azdarar.am), доступен по состоянию на 25.12.2012 г.

<sup>16</sup> Проект доступен на сайте [http://moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_5394019566\\_Qax\\_dat\\_26.11.2012.pdf](http://moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_5394019566_Qax_dat_26.11.2012.pdf) по состоянию на 25.12.2012 г.

## Проблемы арбитража как правового урегулирования альтернативных механизмов рассмотрения коммерческих споров на примере Грузинской системы

*Целью настоящей статьи является представление арбитража как института альтернативного механизма решения коммерческих споров в грузинском правовом пространстве. Автор затрагивает положения Закона Грузии об арбитраже, оценивая на основании анализа грузинской арбитражной практики те проблемы, восполнение которых на законодательном уровне в будущем должно стать предпосылкой улучшения функционирования данного института.*

*Реальное формирование арбитража как беспристрастного и своевременного механизма рассмотрения споров будет эффективной мерой рассмотрения в Грузии возникающих коммерческих споров, что, в свою очередь, является основой создания в стране альтернативных механизмов рассмотрения споров частного характера.*

### I. Введение

Арбитраж является альтернативным механизмом рассмотрения споров, посредством которого стороны получают возможность решения возникшей между ними правовой проблемы посредством избранного ими же «квазисуда/судьи, того же арбитра». В юридической доктрине бытует мнение, что возникновение арбитража предшествовало созданию судов.<sup>2</sup> Существование арбитража, как и любого института, зависит от однозначно определенных правовых принципов, вокруг которых необходимо полностью сформировать сам институт. Арбитраж как механизм альтернативного решения споров между противостоящими сторонами является квазисудебным институтом, правда, содержащим свойственные арбитражу процедурные правила, но одновременно опирающимся на основные фундаментальные принципы правосудия.

Одним из наиважнейших требований для института любого типа является наличие доверия, определяющего отношение общества к конкретному институту

и являющегося эквивалентным его эффективности. Для правильного функционирования института арбитража важными принципами также являются независимость и непредвзятость, т.е. своеобразная правовая автономия. Кроме этого, следует отметить открытость и доступность арбитража и арбитражных процедур для сторон, что подразумевает свободную коммуникацию и усиливает доверие к институту.

На основании анализа законодательных рамок и практики института арбитража следует выделить три основные проблемы, препятствующие формированию арбитража как независимого и эффективного института, пользующегося высоким доверием среди участников правоотношений. На практике это проблемы все еще неэффективного урегулирования формирования арбитража (подбор арбитров), квалификации и независимости арбитров.

### II. Подбор арбитров и формирование арбитража

Реализация упомянутых выше принципов невозможна, если нет правового механизма выбора, формирования арбитража и подбора арбитров. На сегодняшний день порядок и процедуры состава арбитража, назначения, отвода и прекращения полномочий арбитров определены в главе 3 (ст. 10-15) **Закона Грузии об арбитраже** (впоследствии **Закон**).

Согласно законодательству, арбитраж состоит из одного или нескольких арбитров, количество и порядок назначения которых определяется сторонами (ст. 10 Закона). Данная норма закреплена также в п.2 ст. 11 Закона, согласно которому процедура назначения арбитра (арбитров) и председателя арбитража определяется по согласованию сторон. К тому же, Закон предусматривает основанный, на наш взгляд, на принципах справедливости и равноправия порядок формирования арбитража только в случае отсутствия договоренности между сторонами. Одновременно с этим, каждая сторона выбирает по одному арбитру в случае создания арбитража из трех арбитров. Выбранные таким образом два арбитра назначают председателя арбитража. Если одна из сторон не назначает арбитра в течение 30 дней с момента получения требования от противоположной стороны или если два арбитра не договорятся в течение 30 дней о назначении третьего арбитра, то суд уполномочен назначить третьего арбитра на основании заявления одной из сторон в течение 30 дней с момента принятия заявления в производство (подпункт а п. 3 ст.11 Закона). Если же арбитраж укомплектован одним арбитром, в случае, если стороны не договорятся о назначении арбитра, то суд уполномочен назначить арбитра на основании письменного заявления одной из сторон в течение 30 дней с момента принятия заяв-

<sup>1</sup> Адвокат, Исполнительный Директор Центра профессионального развития адвокатов, Член комиссии длящегося юридического образования Ассоциации адвокатов Грузии.

<sup>2</sup> Церцвадзе Г., *Международный арбитраж*, Тб., 2008, с.28.

ления в производство (подпункт б п.3 ст.11 Закона). Кроме этого, суд при назначении арбитра должен предусмотреть согласованные между сторонами квалификационные требования с целью обеспечения назначения независимого и беспристрастного арбитра. Таким образом, определенный Законом порядок формирования арбитража опирается на равноправие и паритет сторон, а в случае недостижения договоренности о назначении третьего или единоличного арбитра вопрос решается нейтральной стороной – судом общей юрисдикции, что следует считать справедливым механизмом формирования арбитража.

Однако на основании анализа практики становится очевидным, что в абсолютном большинстве случаев стороны не прибегают к сбалансированному порядку формирования определенного Законом арбитража, договариваясь о других процедурах формирования арбитража, что может привести к неравному распределению интересов одной из сторон. «Добровольная» договоренность о таких неравных условиях сторон оставляет много вопросительных знаков с точки зрения свободного волеизъявления сторон. Существует обоснованное предположение, что кредиторы (займодержатели, кредитные организации и прочее) злоупотребляют доминирующим на рынке положением, навязывая контрагентам конкретный постоянно действующий арбитраж и порядок формирования арбитражей, определенный положением постоянно действующего арбитража. В большинстве случаев постоянно действующих арбитражей рассмотрение происходит посредством одного арбитра (с целью удешевления арбитражного производства), избираемого и назначаемого самим председателем арбитража из списка арбитражей постоянно действующего арбитража.

Вопреки существующей практике дефицита, сторона именно потому и должна выбирать альтернативные от суда пути решения, поскольку она имеет больше прав в арбитражных процедурах, чем в суде. Основным правом здесь является свобода выбора арбитра. Сторона имеет при выборе арбитра право на проявление доверия. И это является наиважнейшим фактором для восприятия справедливости. Интересен и западный опыт, когда арбитраж как институт насчитывает столетия и где настолько развит фактор доверия, что это обусловлено добрым именем и репутацией самого конкретного арбитража. У нас же, где сейчас вообще формируется данный институт, именно арбитры в большей степени должны сыграть главную роль в развитии доверия, чем арбитражи. Если будет сформирован корпус авторитетных арбитражей, пользующийся высоким доверием общества, то правильное формирование конкретных арбитражей с их участием станет вполне реальным.

Арбитраж является частной структурой и более автономным, чем лицо (лица), непосредственно принимающие решения. Арбитры, представляющие связанных с ними лиц, являются членами арбитража. Договор оформляется с ними от имени арбитража. Если появятся решения, противоречащие политике арбитража, то такой арбитр вскоре останется без договора и вследствие этого не сможет стать арбитром конкретного арбитража. Если арбитр будет независимым от арбитража и только сторона будет уполномочена в его выборе, то автоматически возникнет институт арбитражей, способный оказывать конкуренцию лицам, существование которых определяет степень их доверия.

### III. Независимость арбитража и конфликт интересов

Важнейшим фактором независимости института арбитража является предотвращение конфликта интересов. На практике часты случаи, когда арбитражи не в состоянии предотвратить конфликт интересов. Например, часть постоянно действующих арбитражей находится в посредственном или непосредственном владении кредитных учреждений и/или связанных с ними лиц. Кроме этого, часты случаи, когда партнерами постоянно действующих арбитражей являются лица, в том числе представители юридических фирм, одновременно оказывающие адвокатские услуги тем кредитным учреждениям, займодержателям, споры которых рассматриваются посредством находящихся в их владении арбитражей. Налицо классический конфликт интересов, прямо не запрещенный на законодательном уровне.

Случаи конфликта интересов бросаются в глаза при анализе судебной практики. Например, Тбилисский Апелляционный суд отказал стороне в признании и исполнении арбитражного решения ввиду наличия конфликта интересов.<sup>3</sup>

Суд посчитал конфликтом интересов то обстоятельство, что собственником 67% уставного капи-

<sup>3</sup> См. Решение Тбилисского Апелляционного суда от 20.07.2011 по делу №26/2130-11: «Палата разъясняет, что ни Гражданско-процессуальный кодекс Грузии и ни Закон Грузии об арбитраже не содержат законной дефиниции публичного порядка, тем не менее, исходя из логического анализа нормы, арбитражное решение, существенно ущемляющее процессуальные права сторон на рассмотрение дела независимым и беспристрастным судом, противоречит публичному порядку. Арбитр беспристрастен, если нет какого-либо обстоятельства, повлекшего обоснованное подозрение относительно предвзятости арбитра, несмотря на то, существовало ли арбитражное соглашение об арбитраже или арбитраже. Поэтому Палата считает, что в рассматриваемом случае названный выше факт вызывает обоснованное подозрение в беспристрастности арбитра, что, в свою очередь, влияет на основной принцип равномерной защиты прав сторон. Соответственно, нарушение процессуальных норм, имеющее место при рассмотрении данного дела, следует признать против публичного порядка в соответствии с контекстом подпункта б.а ст. 45 Закона Грузии об арбитраже».

тала юридического лица, имеющего арбитражную претензию, и 16,65% уставного капитала рассматривающего спор постоянно действующего арбитража было одно и то же лицо. В данном решении Апелляционный суд указал, что «п. 1 ст. 45 Закона Грузии об арбитраже предписывает причины отказа в признании и исполнении арбитражного решения. Подпунктом б.б. данной статьи стороне отказывается в признании арбитражного решения, если данное решение противоречит публичному порядку». В том же решении суд разъяснил: «Несмотря на то, что ни Гражданско-процессуальный Кодекс Грузии и ни Закон Грузии об арбитраже не содержат законной дефиниции публичного порядка», исходя из логического анализа нормы, арбитражное решение, существенно ущемляющее процессуальные права сторон на рассмотрение дела независимым и беспристрастным судом, противоречит публичному порядку. Арбитр беспристрастен, если нет какого-либо обстоятельства, вызвавшего обоснованное подозрение относительно предвзятости арбитра, несмотря на то, существовало ли арбитражное соглашение об арбитраже или арбитраже. Поэтому Палата считает, что в рассматриваемом случае названный выше факт вызывает обоснованное подозрение в беспристрастности арбитра, что, в свою очередь, влияет на основной принцип равномерной защиты прав сторон. Соответственно, нарушение процессуальных норм, имеющих место при рассмотрении данного дела, следует признать против публичного порядка в соответствии с контекстом подпункта б.а ст. 45 Закона Грузии об арбитраже.

Поэтому, анализируя названное выше судебное решение, становится очевидным, что недопустимость конфликта интересов не закреплена непосредственно и подробно в законодательстве, что следует признать пробелом. Однако судебная практика рассматривает данное обстоятельство как нарушение публичного порядка.

Здесь же следует отметить, что, в отличие от упомянутого выше конкретного дела, на практике очень сложно установить факт взаимосвязи между сторонами и арбитражами и, соответственно, наличия конфликта интересов. Как уже отмечалось выше, кредитные учреждения и имеющие доминирующую позицию на рынке организации используют при учреждении арбитража фальшивых владельцев и, в отдельных случаях, зарегистрированные в офшорных зонах компании, окончательных бенефициарных собственников (*ultimate beneficial owner*) которых невозможно установить. Соответственно, существует правовая возможность, чтобы затронутое лицо учредило связанное с ним постоянно действующий арбитраж и там же рассматривало свои споры.

Проблемным остается также вопрос степени взаимоотношений между постоянно действующими арбитражами и конкретными арбитрами. Каждый постоянно действующий арбитраж является независимым субъектом-предпринимателем, который сам формирует перечень арбитров. Арбитры являются членами арбитража, которые являются лицами, имеющими отношение к последнему, так как они избираются руководством арбитража. Соответственно, если существуют решения, противоречащие политике арбитража, то возникает большой риск того, что такой арбитр будет вычеркнут из списка арбитров. Я считаю, что в данном случае следует учитывать наилучший международный опыт относительно четкого разграничения компетенций между арбитрами и арбитражами и создания гарантий независимости арбитров.

Данное обстоятельство нуждается в новой регламентации на законодательном уровне, поскольку арбитр должен быть абсолютно независим от постоянно действующего арбитража, выбор которого может принадлежать исключительно стороне.

Кроме этого, мы считаем, что для предотвращения конфликта интересов механизм следует урегулировать на законодательном уровне, в том числе при определении организационно-правовой формы постоянно действующих арбитражей с целью введения определенных ограничений для учредителей и обеспечения независимости арбитров.

#### IV. Квалификация арбитров

Решающее значение для обеспечения доверия к арбитражам (арбитрам) имеет их квалификация, которая также не урегулирована законодательством. Анализ показывает, что основные нарушения являются именно следствием квалификации.

При проверке Закона Грузии об арбитраже оказалось, что от арбитра не требуется в соответствии с законодательством при рассмотрении споров наличие каких-либо обязательных профессиональных знаний или навыков.

Статья 2 данного Закона касается использованных в нем терминов и понятий. Однако толкование термина «арбитр» не фиксируется в данной статье. Соответственно, логично, что Закон не регулирует предъявление арбитрам необходимости наличия каких-либо квалификационных требований и/или профессионального опыта. Здесь не может быть и речи о наличии каких-либо личных свойств у арбитра, требования каких-либо предпосылок.

Следует отметить, что ст. 16 Закона Грузии об арбитраже регулирует «компетенцию арбитража». Однако, исходя из содержания данной статьи, данная

норма регулирует полномочия всего лишь арбитража (относительно одностороннего толкования термина «компетенция»), а не компетенцию относительно квалификации.

Соответственно, учитывая перечисленные выше обстоятельства, становится ясно, что действующий законодательный акт не регулирует предъявление арбитражу каких-либо связанных с квалификацией требований, что следует считать одним из пробелов действующего Закона.

С целью восполнения существующего в Законе законодательного пробела считаем необходимым закрепление в Законе конкретных требований, которые должен удовлетворять арбитр.

Определение пределов профессиональной компетенции выбранных арбитров имеет огромное практическое значение. Процедурные нюансы арбитражного рассмотрения могут повлиять на окончательное решение.<sup>4</sup> Поэтому на законодательном уровне определены специальные нормы квалификации арбитров.

Справедливые и беспристрастные действия (to act fairly and impartially) являются одной из главнейших обязанностей арбитража, закрепленной в англосаксонском арбитражном законодательстве. Соответственно, данный принцип является обязательным, чтобы квалификация арбитров отвечала определенным квалификационным требованиям, что может стать для сторон предпосылкой профессионального рассмотрения их претензий.

Данное обстоятельство, что только арбитры, а не арбитражные институты имеют эксклюзивное полномочие принятия арбитражного решения, приобретает ещё большее значение.<sup>5</sup> Соответственно, ещё большее значение имеет определение квалификации каждого арбитра, поскольку вполне реальна вероятность того, что дело рассматривается имеющим хорошую репутацию арбитражным учреждением, а сам рассматривающий дело арбитр не удовлетворяет профессиональных и личных требований.

Арбитры представляют собой основных участников арбитражного разбирательства. Именно от них и зависит степень ведения арбитражного рассмотрения и принятие окончательного решения. Поэтому очень многое зависит от квалификации арбитров, их деловых и личных свойств, от чувства ответственности. До арбитражного разбирательства предполагается, что стороны должны договориться не только о количестве арбитров с целью рассмотрения спора, но и о профессиональных и деловых свойствах арбитров.

Подбор арбитров играет решающую роль в успешном или безуспешном завершении арбитражного процесса. Соответственно, необходимо уточнить те критерии, которые могут быть признаны приемлемыми. Кроме этого, очень важно, как именно и в каком объеме необходимо осуществить детальный подбор и проверку назначаемых арбитрами кандидатов, в том числе определение в процессе подбора подобных арбитров независимости и беспристрастности.<sup>6</sup>

Соответственно, в виде рекомендаций, на наш взгляд, с целью восполнения существующего законодательного пробела следует внести определенные поправки и дополнения в Закон Грузии об арбитраже, установив для арбитров следующие квалификационные требования:

- а. арбитр должен иметь опыт практической деятельности;
- б. арбитр должен иметь определенные теоретические и специальные знания по предмету спора;
- в. арбитр должен характеризоваться независимостью, беспристрастностью и высокой степенью доверия;
- г. арбитр должен иметь такие личные свойства, как готовность к диалогу, коллегиальность, способность спокойного рассмотрения и оценки, а также способность к пониманию людей;
- д. знание языков;
- е. знание той сферы бизнеса и экономики, в которой стороны осуществляют свою деятельность;
- ж. достаточное время для рассмотрения дела и принятия решения;
- з. арбитрами, как правило, работают юристы, в основном, адвокаты, на которых при осуществлении данной деятельности должны распространяться нормы адвокатской этики.

Предъявление квалификационных требований к арбитрам необходимо для еще большего улучшения и усовершенствования действующего Закона, а также предложения гражданскому обществу более качественного арбитражного производства.

## V. Общий анализ судебной практики

Общий обзор судебной практики Тбилисского и Кутаисского апелляционных судов в деле признания и исполнения арбитражных решений и жалоб на отмену решений выявляет интересную тенденцию.

Согласно анализу информации существующей судебной практики, апелляционные суды установили судебную практику, согласно которой арбитражная оговорка соответствует закону лишь в том случае, когда по договоренности сторон определен конкретный арбитр (постоянно действующий арбитраж). При

<sup>4</sup> Церцвадзе Г., Международный арбитраж, Тб., 2008, с. 282.

<sup>5</sup> Церцвадзе Г., Международный арбитраж, Тб., 2008, с. 283.

<sup>6</sup> Wegen, Gerhard, Choosing Arbitrators, 2004, p.222.

этом оговорка должна быть безальтернативной.<sup>7</sup> Данное обстоятельство лишней раз доказывает, что в действительности имеющая рыночную власть доминирующая сторона прибегает к общим указаниям арбитража, либо использован термин «по выбору истца», что суд не признал в качестве арбитражного соглашения.<sup>8</sup> Анализ судебной практики свидетельствует о том, что большинство арбитражных решений отменяются именно ввиду несоответствия закону арбитражных соглашений или же ввиду отсутствия «права выбора».

Анализ судебной практики свидетельствует также о том, что апелляционные суды отменяют арбитражные решения ввиду наличия конфликта интересов между истцом и арбитражем. Также есть случаи, когда арбитражное решение отменяется из-за нарушения «равномерной защиты прав сторон», когда арбитр пристрастен. Т. е. практика выделяет дела такого типа, которые указывают на то, что арбитр и арбитраж зависят друг от друга или от учредителей или являются клиентами крупных «доноров». Данное обстоятельство еще больше убеждает нас в том, что вопросы независимости арбитров и запрета конфликта интересов должны быть регламентированы законом.

<sup>7</sup> См. Решение Тбилисского Апелляционного суда от 24.10.2011 по делу №26/1691-11: «Исходя из содержания упомянутой нормы, возникший из основанных на равноправии лиц отношений частного характера спор может быть, по соглашению сторон, рассмотрен арбитражем, о котором договорятся стороны при заключении арбитражного соглашения. В соглашении следует прямо указать на конкретный арбитраж, уполномоченный рассмотреть и решить данный спор. Недействительно такое арбитражное соглашение, в котором не определено и не сформулировано однозначно, что, согласно его содержанию, можно было бы определить, какой конкретный арбитраж подразумевают стороны. Недопустимо, чтобы из арбитражной оговорки вытекали бы две или больше арбитражных подсудностей».

<sup>8</sup> См. Решение Тбилисского Апелляционного суда от 05.09.2011 по делу №26/2273-11: «Для разрешения данного спора следует дать правовую оценку закрепленной в заключительном положении оформленного 4 сентября 2008 г. между сторонами договора о займе и ипотеке оговорке, согласно которой любой спор, возникший из договора, должен быть по заявлению сторон рассмотрен и разрешен посредством частного арбитража, избираемого претендентом. Палата разъясняет, что арбитражное соглашение может быть оформлено как независимо, так и в качестве одного из условий заключенного между сторонами договора, который, однако, отличается по своей правовой природе от условий типичного договора. Стороны на основании действительного волеизъявления совместно и равноправно решают порядок разрешения существующих или возможных будущих споров. Соответственно, стороны уполномочены на равных условиях и началах решить в пользу рассмотрения возникшего между ними спора частным арбитражем, должно охватывать в содержательном плане тот минимум, который необходим для его квалификации в качестве арбитражного соглашения. Согласно ч.1 ст. 327 Гражданского кодекса Грузии, договор считается заключенным, если стороны договорятся обо всех важных и существенных условиях в соответствии определенной форме. Соответственно, в арбитражном соглашении должно быть четко установлено, связанный с какими правоотношениями спор подлежит рассмотрению арбитражем, и должна быть возможна точная идентификация арбитража, рассматривающего данный спор».

Одной из основных причин отмены и непризнания апелляционными судами арбитражных решений является противоречие решений публичному порядку.

Толкуя публичный порядок, суд, наряду с наличием конфликта интересов (о чем речь уже шла выше), указывает на те обстоятельства, которые существенно ущемляют процессуальные права и интересы сторон. Например, стороне было отказано в возможности на предъявление возражения; сторона не была извещена о дне заседания; ответчик не был информирован;<sup>9</sup> кредитору был передан предмет ипотеки непосредственно в собственность; арбитражное решение не содержит мотивационной части; текст мирового соглашения отличается от утвержденного решением текста; протокол заседания подписан одним, а само решение – другим арбитром и пр.

Данные факты и анализ судебной практики вынуждают нас сделать вывод, что профессионализм арбитров весьма сомнителен. Очевидна зависимость отношений между арбитражами, арбитрами и сторонами. Принимаются заранее пристрастные решения, которые искусственно способствуют пренебрежению правом на равномерную защиту сторон, что дискредитирует идею механизма альтернативного решения правовых споров.

## VI. Выводы

Таким образом, предварительный анализ законодательных рамок и судебной практики института арбитража дает основание сделать вывод, что для еще большего развития и усовершенствования института арбитража необходимо дополнительно внедрить определенные законодательные регуляции. Это будет способствовать большей популяризации в обществе данного института, повышению степени доверия со стороны общества. С другой стороны, это сможет послужить основанием для более профессионального и объективного разрешения правовых споров.

Мы считаем, что предметом законодательного урегулирования должна стать детальная регуляция настоящих вопросов:

- невозможность свободного выбора (подбора) арбитров и арбитража. В частности, как свидетельствует практика, на этапе подбора арбитров кре-

<sup>9</sup> См. Решение Тбилисского Апелляционного суда от 25.01.2011: «Суд считает, что в данном случае нарушены разумные пределы должного информирования стороны об арбитражном разбирательстве. Материалами арбитражного дела не подтверждается факт пересылки ответчику арбитражной претензии (иска) и возможность представления ответчиком возражения. Исходя из вышесказанного, Апелляционная палата считает, что налицо предусмотренные подпунктами а.е и а.в ст. 1 Закона Грузии об арбитраже причины отказа в признании и исполнении решения ООО «Грузинский постоянно действующий арбитраж» от 03.12.2010 г. Соответственно, Палата считает, что в просьбе о признании и исполнении арбитражного решения от 03.12.2010 следует отказать».



- дитные организации фактически доминируют над свободой волеизъявления противоположной стороны, добиваясь от нее согласия на рассмотрение спора конкретно желательным им и лояльно к ним настроенным арбитражным институтом. Поэтому считаем необходимым, целесообразным и, возможно, направленным на обеспечение реального равноправия сторон, существование единого списка арбитров, из которого по усмотрению сторон осуществлялся бы подбор арбитров. Сам рассматривающий спор арбитраж же имел бы всего лишь административные функции, и арбитры не были бы в каком-то виде связанными с арбитражем лицами;
- отсутствие независимости и разграничения между собой арбитра и арбитража (конфликт интересов). В этом отношении механизмом решения проблемы следует считать упомянутый выше аргумент о разграничении арбитров от арбитражей, а также введение строгих законодательных регуляций о назначении санкций при выявлении случаев конфликта интересов. В частности, речь идет о финансовых и других санкциях, когда ввиду наличия подобных перегибов лицу запрещается деятельность в качестве арбитра;
  - установление на законодательном уровне профессиональных стандартов для арбитров, в частности, было бы целесообразно, чтобы Закон урегулировал те минимальные квалификационные требования, которые должен удовлетворять соискатель, чтобы он стал арбитром, получив полномочие рассмотрения споров.

## Роль судебного аппарата в обеспечении права на справедливый суд

### I. Вступление

*В данной статье описываются важные задачи по обеспечению прав человека на справедливый суд, возложенные на такие важные учреждения, как судебные аппараты – персонал, не являющийся судьями. На основе анализа зарубежного опыта и азербайджанского законодательства особо подчеркивается необходимость точного и добросовестного исполнения каждым сотрудником судебного аппарата своих должностных обязанностей.*

*Кроме того, в статье в краткой форме дается информация о проводимой в Азербайджане судебной реформе и отмечается, что данная реформа не проходит бесследно для деятельности судебных аппаратов. В статье также дается анализ ряда решений Европейского суда по правам человека, принятых в отношении Азербайджана по данной тематике, и описываются мнения по предстоящим реформам судебных аппаратов.*

### II. Постановка проблемы

Статья 6 Конвенции О защите прав и свобод человека, подписанная 4 ноября 1950-ого года в Риме и вступившая в силу в отношении Азербайджана 15 апреля 2002 года, т.е. со дня передачи документа о ратификации Конвенции в депозитарий, закрепляет «право на справедливое судебное разбирательство». В части первой данной статьи отмечается, что «Каждый имеет право на справедливое и открытое разбирательство своего дела в разумные сроки созданным на основе закона независимым и беспристрастным судом при определении своих гражданских прав и обязанностей либо при предъявлении обвинения в совершении преступления». Прежде чем перейти к рассмотрению последующих положений, содержащихся в тексте Конвенции, следует отметить, что каждый правовед наверняка осознает смысловую нагрузку именно данного первого предложения и то, какие позитивные обязательства возлагаются на государство-участника данной Конвенции. Согласно статье 1 данной Конвенции Обязательство по уважению прав человека, «Высокие договаривающиеся

стороны обеспечивают права и свободы, определенные в статье 1 данной Конвенции всем пребывающим под их юрисдикцией».

Естественно, что в течение десятилетий, со времени принятия данной Конвенции по сегодняшний день, были проведены многочисленные исследования содержания и значения таких, казалось бы, простых терминов, содержащихся в статье 6, как «созданный на основе закона независимый и беспристрастный суд», «разумные сроки», «справедливое и открытое судебное разбирательство», а Европейский суд в своих прецедентных решениях неоднократно разъяснял, что подразумевают вышеуказанные термины. С этой точки зрения, в данной статье мы намереваемся осветить на первый взгляд простой, но чрезвычайно важный по значимости вопрос об обязательствах по обеспечению государствами «права на справедливое судебное разбирательство» – роль судебных аппаратов, необходимых для осуществления деятельности «независимых и беспристрастных судов», по обеспечению выполнения данных обязательств.

Очевидно, что только лица, работающие в судебной системе, могут полностью и всесторонне осознать тот груз и ответственность, которые вваливает на себя судебный аппарат для обеспечения надлежащего функционирования судов. Для того чтобы объяснить все вышеперечисленное другим, следует процитировать интервью председателя Европейского суда по правам человека господина Николаса Братца, данное им прессе по поводу 138000 нерассмотренных дел. Господин Братца отмечает, что «Проблема состоит в подготовке данных дел к рассмотрению. Секретариат Суда действительно работает хорошо. Судебные дела поступают к нам из более чем 40 стран с различной правовой системой. Нам требуются специалисты, знающие тонкости каждой из правовых систем».<sup>i</sup> В продолжение данной мысли процитируем высказывание судьи от Азербайджана в Европейском суде по правам человека господина Ханлара Гаджиева: «Рассмотрение судебных жалоб слегка запаздывает. Причина этого кроется в нехватке юристов. На данный момент всего лишь один юрист из Азербайджана работает в Европейском суде по правам человека на постоянной контрактной основе. В июле был проведен экзамен по отбору юристов. Лицо, прошедшее конкурс, начнет свою деятельность в Европейском суде на тех же основаниях. Я считаю, что когда второй юрист приступит к работе, то это ускорит процесс рассмотрения жалоб».<sup>ii</sup> В данном интервью господин Гаджиев подчеркнул, что у Европейского суда имеется аппарат, укомплектованный высококвалифицированными юристами. В интервью же господина Братца было отмечено, что в составе Европейского суда работают 47 судей и 650 сотрудников персона-

<sup>1</sup> Старший консультант Сектора по борьбе с коррупцией аппарата Судебно-Правового Совета.

ла, 44 из которых представляют Соединенное Королевство. Несмотря на то что мы рискуем уклониться от поставленной темы, высказывание, приведенное ниже, может содействовать пессимистическим настроениям относительно проведения справедливых судебных разбирательств простых граждан, обратившихся в Европейский суд по поводу восстановления нарушенных в своих странах прав: «На сегодняшний день Европейский суд по правам человека превратился в «жертву своего успеха».<sup>1</sup> Страсбургский суд, превратившийся за последние 50 лет в самую величайшую и влиятельную силу по защите прав человека, ныне борется за «выживание». Согласно анализу, проведенному самим Судом для рассмотрения только 100000 принятых к исполнению дел, ему потребуется как минимум 20 лет. В данную цифру не входят ежегодно поступающие более чем 60000 жалоб.

Таким образом, становится ясно, что гарантирование «права на справедливое судебное разбирательство» не только на уровне судов первой инстанции в какой-либо стране, но даже при обеспечении обязательств в рамках деятельности самого Европейского суда по правам человека, в определенной мере устанавливающего своего рода «стандарты» обеспечения данного права, зависит именно от судебного аппарата. Поэтому на современном этапе все государства, будь то государства, опирающиеся на богатый опыт судебных традиций, или государства, по сей день проводящие реформы судебной системы, уделяют особое внимание формированию судебных аппаратов и приведению их в соответствие с изменяющимися современными требованиями. Вследствие этого, нам представляется важным исследование международного опыта в данной сфере и изучение опыта по организации и осуществлению деятельности судебными аппаратами в ряде стран мира.

### III. Судебный аппарат, или персонал, не являющийся судьями: кто они?

Простому говоря, судебный аппарат представляет собой орган, включающий в себя всех сотрудников коллектива кроме судей. Однако, мы не относим существующий в судебной системе многих стран институт присяжных заседателей – жюри к понятию судебного аппарата. Конечно же, в различных правовых системах (англосаксонской, континентальной и т.д.) круг лиц, не являющихся судьями, их правовой статус, а также должностные обязанности в различной степени разнятся. Несмотря на это, они выполняют единую основную функцию – содействуют судье в эффективном проведении судебного разбирательства.

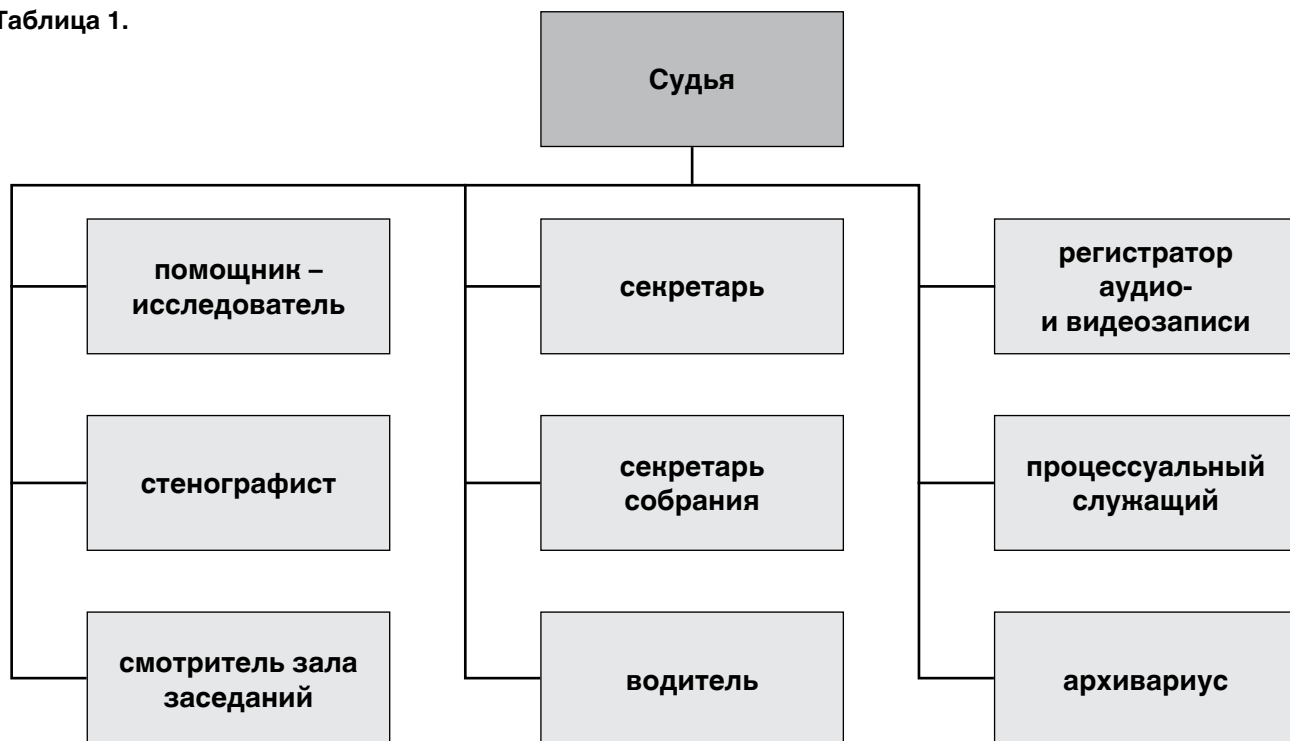
В США существует должность главного судебного секретаря (clerk of court), ответственного за осуществление административной деятельности судов пер-

вой инстанции и апелляционных судов. Он является своего рода администратором суда и осуществляет свою деятельность на основе особых должностных инструкций. Все документы по рассматриваемым делам регистрируются и хранятся в его канцелярии. Помимо этого, другие секретари (clerks) помогают судьям. Они организуют деятельность офиса судьи, регистрируют поступающие документы, готовят проекты по указаниям, приказам и прочим документам, составляемым для судей. Стенографисты суда также играют важную роль – они ведут протоколы судебных заседаний. Кроме этого, у судей всех уровней существуют помощники, называемые «секретарями-юристами» (judicial clerk, law clerk, law secretary), чья деятельность является более важной, чем деятельность иных чиновников суда. Они готовят проекты судебных решений по конкретным делам, ищут соответствующие прецеденты и законодательные акты для облегчения процесса вынесения решений судьями. На должность «секретаря-юриста» обычно назначаются молодые кадры – выпускники юридических факультетов университетов, закончившие вуз с отличными показателями. Данные кадры претендуют в будущем на занятие должности судьи. Например, должность помощника офиса судьи Федерального Верховного Суда США является очень престижной в сфере юриспруденции. Некоторые подобного рода секретари-юристы в будущем становились судьями Верховного Суда.<sup>2</sup> Следует также заметить, что присущие английской судебной системе категории секретарей-клерков перешли также в судебную систему США и в данный момент имеются во всех странах с англосаксонской юридической системой, включая Великобританию.

В странах континентальной Европы, а также в бывших советских республиках, к которым относятся и государства Южного Кавказа, круг сотрудников, работающих в судебных аппаратах, и направления их деятельности в основном схожи. Сформировавшиеся же за последние десятилетия различия в основном связаны с более ранним и более эффективным переходом стран Западной Европы на методологию современного управления судами и использование информационно-коммуникационных технологий. Мысль о том, что страны с англосаксонской юридической системой оказали существенное воздействие на формирование судебных аппаратов в судах стран с романо-германской юридической системой, находит свое подтверждение. Это, в первую очередь, связано с активным участием экспертов из стран с англосаксонской юридической системой в международных программах судебных реформ. Достижение успеха

<sup>2</sup> Бернам Уильям. Правовая система США. М., «Новая юстиция», 2007, с. 235-236

Таблица 1.



непосредственно в сфере управления судами в США в XX веке создало условия для государственного финансирования заимствования американского опыта проведения реформ, главным образом, в странах Латинской Америки, Центральной и Восточной Европы.<sup>3</sup>

В Таблице 1 дана общая для романо-германской и англосаксонской юридических систем интегрированная схема персонала, не являющегося судьями, но необходимого для нормального функционирования судьи с высокой нагрузкой, описанная в «Справочнике по судебным реформам и ролям судебного персонала» 2009 года, выпущенном Международным Агентством Развития США.

Теперь рассмотрим вопросы судебных реформ, проводимых в Азербайджане, и места судебных аппаратов в проведении данных судов; позже мы попытаемся на примере Азербайджана определить роль судебных аппаратов в обеспечении права на справедливый суд по отдельным направлениям судебной деятельности.

#### IV. Институциональные судебные реформы в Азербайджане (краткая справка)

Бывшая советская республика Азербайджан объявила о своей государственной независимости Конституционным Актом от 18 октября 1991 года. Хорошо известно, что во время пребывания в составе СССР азербайджанские суды, равно как и другие советские

суды, были послушными элементами правящей 70 лет коммунистической партии. Справедливое судебное разбирательство и независимые суды в подобных условиях были попросту невозможны. Помимо всего прочего, следует согласиться с мнением о том, что постсоветские государства унаследовали от старого режима внеправовую и коррумпированную судебную систему.<sup>4</sup> Образованным в 1989-1991 гг. новым демократическим государствам была присуща унаследованная от предыдущего руководства юридическая система с сильной государственной властью и доминированием прокуратуры и судебными органами, которым не хватало независимости от государства. Коммунистическая партия заставляла судей принимать решения по важным вопросам посредством довольно-таки распространенных телефонных звонков (вследствие этого возникло понятие «телефонного права»<sup>5</sup>).

В отражающем принципы правового государства Конституционном Акте было провозглашено осуществление судебной власти независимыми судами. Однако тот факт, что Азербайджан начал построение правового государства в неблагоприятных для себя условиях, созданных в течение десятилетий правления тоталитарного режима, оказал существенное воздействие на своеобразие пройденного страной пути.

<sup>3</sup> Guide to court reform and the role of court personnel. A guide for Usaid Democracy and Governance workers. July 2009. [www.usaid.gov/our\\_work/democracy\\_and\\_governance/publications](http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications)

<sup>4</sup> Əhalinin məhkəmələrə inamının mövcud olmasının bəzi şərtləri (postsovet dövrünün xüsusiyyətləri nəzərə alınmaqla) Prof. Lado Çanturiya. Gürcüstan Ali Məhkəməsinin sədri. "Məhkəmə hakimiyyətinin nüfuzu və müstəqilliyi" // Konfrans materialları, Bakı, 22-23 iyul 2002-ci il. s.46

<sup>5</sup> Dietrich, Mark K. Legal and Judicial Reform in Central Europe and the Former Soviet Union: Voices from Five Countries (2000). <http://www-wds.worldbank.org>

Помимо этого, первые шаги по построению правового государства были предприняты в условиях конфликта с тяжелыми для страны последствиями, социально-политической конфронтации и охватившего все сферы общественной жизни глубокого кризиса.<sup>6</sup>

Принятая в 1995 году первая Конституция независимого Азербайджана провозгласила своей целью построение демократического и светского государства и определила его концепцию. В Конституции были закреплены и подтверждены 3 основных компонента правового государства: 1. верховенство закона; 2. распределение властей и их взаимосвязи; 3. права и свободы человека и гражданина.

Определив судебную власть в качестве независимой ветви власти, Конституция открыто провозгласила свои демократические принципы. Данные принципы были подтверждены и получили дальнейшее развитие в законе «О судах и судьях» от 10 июня 1997 года.

В 2000-м году впервые среди государственных органов была применена система тестирования экзаменации в процессе выбора судей, были предприняты серьезные шаги в направлении создания независимой судебной системы и новая система судов приступила к функционированию.

17 января 2001 года Комитет министров Совета Европы принял решение о вступлении Азербайджана в качестве полноправного члена в Совет Европы. Одним из важных обязательств, принятым на себя Азербайджаном и исполненным при вступлении в Совет Европы, в первую очередь, стало создание совместной азербайджано-европейской рабочей группы из судей, сотрудников системы юстиции и влиятельных экспертов Совета Европы с целью детального исследования вместе с экспертами Совета Европы законодательной базы, регламентирующей деятельность судов. В результате плодотворной деятельности рабочей группы был составлен и реализован подробный план действий в данной сфере. В процессе деятельности принимались во внимание такие документы, как Рекомендация № 12 Комитета министров Совета Европы «О независимости, эффективности и роли судей» от 1994 года, Европейская Хартия о статусе судей от 1998 года, Рецензия № 1 Консультативного Совета Европейских Судей о стандартах независимости и неизменности судов от 2001 года.

В результате предпринятых мер были подготовлены и приняты после прохождения экспертизы Совета Европы новые проекты законодательных актов, предусматривающие повышение эффективности судебных разбирательств, дополнительные гарантии неза-

висимости судей. Так в 2004 году был коренным образом видоизменен закон о судах и судьях, а принятие закона О Судебно-Правовом Совете сыграло значительную роль в повышении эффективности проведения судебных разбирательств. Впервые были введены бессменное назначение судей и правила оценки их деятельности. С целью предотвращения фактов коррупции судьям было запрещено непосредственно принимать граждан, а для обеспечения прозрачности было решено публиковать решения судов высшей инстанции, равно как и отмененные либо измененные решения местных судов. В результате проведенных реформ были созданы независимые органы, состоящие из судей, – Судебно-Правовой Совет как орган самоуправления судебной власти и Избирательный Комитет Судей, организующий процесс избрания судей; на основе передовых изменений в законодательстве была введена система бессрочного назначения судей, оценки деятельности судей; подтверждены демократические принципы привлечения судей к дисциплинарной ответственности.

Только за последние 5 лет было учреждено до 20 новых судов, включая региональные апелляционные суды, с целью улучшения доступа населения к деятельности судов, а также развития правовых институтов в регионах. В 2011 году были учреждены 4 региональных суда по тяжким преступлениям, создана административно-правовая система для восстановления нарушенных органами государственной власти прав граждан, а также 7 административно-экономических судов.

Помимо этого, с целью облегчения нагрузки судей за последние годы было увеличено количество штатных единиц судей в 2 раза, в том числе в 2010 году их число увеличилось на 25%, достигнув, таким образом, количества 600 судей.

В следующих разделах данной статьи мы попытаемся описать влияние отмеченных выше широкомащштабных судебных реформ на судебные аппараты.

## V. Организация и осуществление деятельности судебных аппаратов в Азербайджане

Разумеется, столь радикальные реформы, проводимые в судебной системе, не могли не затронуть и судебные аппараты. Так, статья 88 закона «О судах и судьях» называется «Судебные аппараты»<sup>7</sup>. Данный орган, учрежденный в соответствии с первоначальной редакцией Закона «для обеспечения правовой, организационной, информационной, материально-технической, финансовой и хозяйственной деятельности судов», на уровне судов высшей инстанции

<sup>6</sup> Hüquqi dövlət quruculuğu yolunda təcrübə və əməkdaşlıq. Beynəlxalq konfransda Azərbaycanın ədliyyə naziri Fikrət Məmmədovun çıxışı (Almaniya, Berlin, 9-10.06.2009) [http://justice.gov.az/view\\_articles.php?id=5](http://justice.gov.az/view_articles.php?id=5)

<sup>7</sup> «Məhkəmələr və hakimlər haqqında» 10 dekabr 2007-ci il tarixli Qanunun. [www.e-qanun.az](http://www.e-qanun.az)

был назван «секретариатом», состоящим из соответствующих структурных подразделений, а на уровне судов иных инстанций был назван «аппаратом». Согласно внесенным в 2004 году изменениям в Закон, данный орган был назван «судебным аппаратом» на уровне всех инстанций.

Как видно из содержания отмеченной выше статьи, судебные аппараты выполняют обязательства по обеспечению деятельности судов по 5 основным направлениям:

- правовое
- организационное
- информационное
- материально-техническое
- финансовое и хозяйственное

Структура судебных аппаратов также формируется в зависимости от исполняемых ими обязанностей. Так, закон в общей форме определяет, что при формировании судебных аппаратов для каждого судьи должны быть предусмотрены секретарь суда и помощник, в судах должны действовать канцелярия, библиотека, архивное отделение и хозяйственная служба, должны работать консультанты, осуществляющие прием граждан, систематизацию и кодификацию законодательства, ведение судебной статистики, должны быть обеспечены ведение делопроизводства и учет решений, вынесенных данным судом, и решений судов более высокой инстанции, связанных с данными решениями. Следует отметить, что институт «помощника судьи» является новым для Азербайджана. Ни до 2007 года, ни во времена СССР в Азербайджане не было помощников судей. В 2007 году данная штатная единица была создана при Верховном суде и аппарате апелляционных судов, а с июля 2008 года данная должность учреждена и при судьях судов первой инстанции.

Необходимо заметить, что до 2006 года в судебных аппаратах судов первой и апелляционной инстанций,

а также в судебном аппарате Верховного суда было в общей сложности всего-навсего 1288 штатных единиц. В результате предпринятых за последние 6 лет мероприятий в рамках судебных реформ количество штатных единиц возросло на 75,6% (это дополнительно 974 штатные единицы) и достигло 2262 штатных единиц. На приведенной ниже диаграмме можно проследить данную динамику роста.

На данный момент, согласно требованиям законодательства Азербайджана о государственной службе, судебные аппараты признаны государственными органами, а занятые там сотрудники, не являющиеся судьями, считаются государственными служащими. В соответствии с законом «О государственной службе» от 21 июля 2000 года, учреждение государственных служащих, осуществляющее цель и функции Азербайджанской Республики в пределах установленных законодательными актами Азербайджанской Республики, созданное в соответствии с законодательством и финансируемое из государственного бюджета, является государственным органом. Согласно данному в этом законе определению понятия «государственный служащий», государственным служащим является гражданин Азербайджанской Республики, занимающий оплачиваемую должность на государственной службе в порядке, установленном данным законом, и принесший клятву на верность Азербайджанской Республике при приеме на административную должность при государственной службе.<sup>8</sup>

С данной точки зрения, сотрудники судебных аппаратов, помимо исполнения общих должностных обязанностей государственных служащих, предусмотренных законодательством о государственной службе, выполняют также специфические обязанности, непосредственно связанные с их работой в органе, осуществляющем правосудие. Отмечается, что ос-

<sup>8</sup> «Dövlət qulluğu haqqında» 21 iyul 2000-ci il tarixli qanun. . www.e-qanun.az

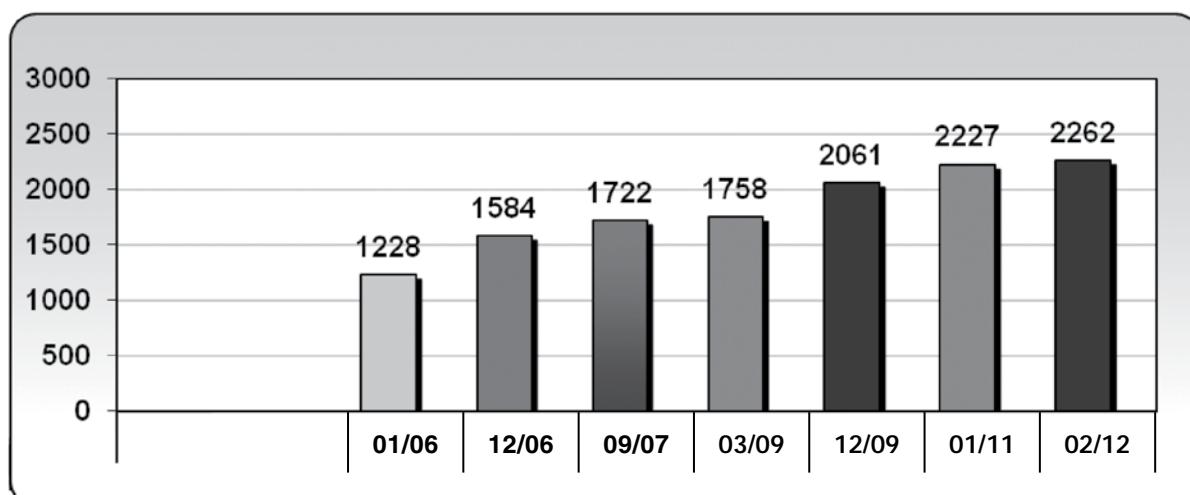


Таблица 2. Рост персонала судов в Азербайджане (2006-2012)

новными принципами государственной службы в Азербайджане являются: законность, определение пределов полномочий органов законодательной, исполнительной и судебной власти, ответственность государственных служащих за исполнение своих должностных обязанностей.

Закон «О государственной службе» к основным обязанностям государственного служащего относит осуществление законодательства, своевременное рассмотрение жалоб граждан и беспристрастное их решение в пределах предусмотренных должностных полномочий, нераспространение информации о личной и семейной жизни граждан, их чести и достоинстве, соблюдение норм этического поведения. Кроме этого, закон запрещает государственным служащим занимать дополнительную оплачиваемую выборную либо назначаемую должность в государственных органах, за исключением осуществления научной или творческой деятельности, заниматься педагогической или иной оплачиваемой деятельностью без разрешения руководства органа государственной службы, членство в политических партиях в период осуществления своих служебных обязанностей.

Секретарь судебных собраний является лицом, играющим важную роль в осуществлении основных функций суда, будучи государственным служащим и сотрудником судебного аппарата. Секретарь судебных собраний несет персональную ответственность за выполнение многих функций, начиная с произнесения фразы «Суд идет» в момент появления судьи в зале судебных заседаний и заканчивая ответственностью за целостность и достоверность составленного протокола судебных заседаний, а также законодательно обеспечивает независимость составленного протокола от чьих-либо указаний: всё вышесказанное делает его одним из главных фигурантов отправления правосудия.

Процессуальное законодательство (Уголовно-процессуальный кодекс, Гражданско-процессуальный кодекс) считает секретаря судебных заседаний процессуальным лицом и возлагает на него важные обязанности. Согласно УПК, секретарь судебных заседаний является сотрудником, относящимся к категории «другие лица, участвующие в уголовном процессе». В соответствии со статьей 98 данного Кодекса, лично незаинтересованный в уголовном процессе сотрудник суда, назначенный для ведения протокола судебного заседания, является секретарем судебных заседаний. Согласно вышеупомянутой статье, данный сотрудник обязан:

- присутствовать в зале судебных заседаний в нужное время для обеспечения ведения протокола судебного заседания и не покидать зал судебных заседаний без разрешения председательствующего на судебном заседании;

- полностью и достоверно отразить в протоколе судебных заседаний ход судебного исполнения, решения суда, ходатайства, протесты, показания, объяснения лиц, участвующих в судебном заседании, а также иные обстоятельства, которые следует отразить в протоколе;
- составить и подписать протокол судебных заседаний в предусмотренные законом сроки;
- предоставить сведения о своих отношениях с лицами, участвующими в уголовном процессе, по требованию суда или сторон уголовного процесса;
- подчиняться указаниям председательствующего на судебном заседании;
- не распространять сведения об обстоятельствах личной неприкосновенности, семейной, государственной, служебной, коммерческой и иной охраняемой законом тайны;
- выполнять иные обязанности, предусмотренные в данном Кодексе, что также является обязанностью секретаря, и неисполнение им данных обязанностей является причиной его привлечения к ответственности, предусмотренной законодательством Азербайджанской Республики.

Иным обстоятельством, подтверждающим насколько важным субъектом является секретарь судебных заседаний, является то, что законодательство (ГПК, ст.20; ГПК, ст.116) признает основание выражения протеста судье одновременно основанием для выражения протеста секретарю судебных заседаний. Кроме этого, ввиду того, что законодательство запрещает судьям принимать стороны процесса по какому-либо делу, в соответствии с законом «О судах и судьях» прием по организационным вопросам, связанным с принятием дела к рассмотрению, осуществляется секретарем соответствующего судьи суда.

Принятые в 2007 году и усовершенствованные в 2011 году «Инструкции по осуществлению делопроизводства в судах Азербайджанской Республики» также возлагают ряд обязанностей, связанных с ведением делопроизводства, на секретаря судебных заседаний. Самой важной из этих обязанностей является, конечно же, организация отправки судебных повесток совместно со службой делопроизводства суда. На первый взгляд, данная обязанность может показаться технической стороной проблемы, однако в действительности она является одной из главных обязанностей, возложенной на судебный аппарат по обеспечению основного принципа осуществления правосудия – принципа обеспечения судебной тягбы. Своевременное и точное исполнение данной обязанности обеспечивает действительную реализацию таких фундаментальных прав, как «справедливое и открытое исследование» судебного осмотра, «предоставление лицу, обвиняемому в совершении престу-

пления, достаточного времени и возможностей для подготовки своей защиты», «допрос свидетелей, давших показания против обвиняемого, либо обладание правом на допрос свидетелей, либо обладание правом на вызов и допрос свидетелей, давших показания в пользу обвиняемого, наравне со свидетелями, давшими показания против обвиняемого», которые являются составными элементами предусмотренного в статье 6 Конвенции «права на справедливое судебное разбирательство». Неисполнение сотрудниками судебного аппарата данной обязанности в установленном законом порядке может рассматриваться Европейским судом как нарушение статьи 6 (См. далее Решение Европейского суда по Делу Аббасов против Азербайджана).

Как было отмечено выше, начиная с 2007 года для каждого судьи в Азербайджане предусмотрена штатная единица «помощника». Действительно, в отличие от прав и обязанностей секретаря судебных заседаний права и обязанности помощников судей детально не регламентированы ни в законе «О судах и судьях», ни в процессуальном законодательстве страны. Несмотря на это, помощники судей также исполняют важные обязанности по организации судебных заседаний. Первичный анализ данного нового института в стране показывает, что в большинстве судов помощники судей привлекаются судьями к составлению проектов судебных решений. Тем не менее, есть необходимость в точном определении прав и обязанностей помощников судей, точно так же как это было осуществлено в отношении секретарей судебных заседаний.

Другие советники, действующие при судах, помогают в осуществлении функций суда по определенным направлениям. В большинстве судов первой инстанции прием граждан осуществляет первый старший советник. Что же касается приема граждан в судах апелляционной и кассационной инстанций, то данную функцию осуществляет соответствующий орган (отдел). А рассмотрение обращений граждан, не связанных с принятием дела к рассмотрению, регулируется законом «О порядке рассмотрения обращений граждан».

Следует отметить, что прием граждан и организация надлежащего предоставления ответа на их обращения играют важную роль в формировании общественного мнения о судах. В действительности данное мнение, будь оно положительным или отрицательным, в большей степени зависит от позиций конкретных лиц, являющихся сторонами в судебном процессе, однако до самого начала судебного процесса сотрудник судебного аппарата должен достойно исполнить свои обязанности, связанные с определением действий по обслуживанию граждан, порядком

обращения в суды, осведомлением граждан о необходимых для предъявления в суд документов. В этой связи следует учитывать недопустимость оказания со стороны сотрудника судебного аппарата услуг юридической консультации гражданам, обратившимся за разъяснением правил подачи обращений, а также высказывания своего мнения относительно перспектив судебного разбирательства и превышение сотрудником судебного аппарата своих полномочий, делегированных согласно законодательству судьям (по данному вопросу см. далее: Решение Европейского суда по Делу Гаджиев против Азербайджана).

В законе «О судах и судьях» (см. ранее, ст. 88) к сфере деятельности ряда консультантов, работающих в судебных аппаратах, отнесены вопросы систематизации и кодификации законодательства, обобщения судебного опыта и ведения судебной статистики. Разумеется, что решение данных вопросов чрезвычайно важно с точки зрения эффективной и гибкой адаптации правосудия к изменяющимся требованиям законодательства, донесения до сведения общественности значимости роли, которую играют суды в обществе, и оценки судами своей деятельности.

Отмеченные в соответствующей статье закона услуги канцелярии, библиотеки, архивного отдела и хозяйственной службы являются сферами деятельности технического персонала судов. Поскольку названия этих служб сами по себе дают представление о роде их деятельности, нет необходимости останавливаться на данном вопросе более подробно. Следует однако заметить, что в Азербайджане председатели судов и судьи называют канцелярию «сердцем суда». Так как надлежащая регистрация дел и распределение их между судьями, аккуратная организация документооборота зависит, в первую очередь, от результатов деятельности сотрудников канцелярии. Поскольку согласно соответствующему законодательству и вышеупомянутой инструкции о ведении делопроизводства, в отличие от ранее применявшейся практики, распределение дел между судьями осуществляется не председателями судов, а сотрудниками канцелярии в соответствии с методом кодирования, поэтому сотрудникам канцелярии надлежит быть очень ответственными при исполнении данной служебной обязанности.

## VI. О двух решениях Европейского суда против Азербайджана

Со времени ратификации Азербайджаном Конвенции по сей день Европейским судом было рассмотрено 1765 жалоб против Азербайджана. На данный момент в процессе рассмотрения находятся 1475 дел. По поводу 74 дел между сторонами процесса было



достигнуто согласие, и на основе проведенной между ними переписки будут составлены проекты решений судов по жалобам.<sup>9</sup>

Согласно данным на конец 2011 года, опубликованным в официальном статистическом бюллетене и размещенном на сайте Европейского суда:

- По делам против Азербайджана было вынесено 51 решение, что составляет 3% жалоб против Азербайджана (по остальным 97% было принято решение о невозможности их принятия к рассмотрению);
- В 47 из вышеупомянутых решений Европейским судом было обнаружено нарушение той или иной статьи Конвенции;
- В 34 решениях нарушения были связаны со статьей 6 (в том числе 12 нарушений были связаны с неисполнением судебных решений).

Как видно из статистических данных, большинство решений, вынесенных против Азербайджана (34), связаны со статьей 6 Конвенции – Право на справедливое судебное разбирательство. Два решения (6% вынесенных в связи с данной статьей решений) непосредственно связаны с превышением сотрудниками аппарата своих должностных полномочий, либо ненадлежащим исполнением своих обязанностей.

Анализ приведенных ниже дел Гаджиев против Азербайджана и Аббасов против Азербайджана показывает, что по первому делу имелся факт превышения полномочий сотрудником судебного аппарата, который проинформировал гражданина, вторгаясь таким образом в компетенцию суда (судьи), а во втором деле произошло неуведомление секретарем судебных заседаний и службы по делопроизводству стороны процесса о времени и месте проведения судебного заседания в предусмотренном законом порядке, что завершилось принятием решений против государства.

В своем решении по (жалоба № 5548/03) от 16 ноября 2006 года Европейский суд по правам человека пришел к заключению, что по данному делу имело место ограничение права заявителя на обращение в суд и, таким образом, было ограничено право на справедливое судебное разбирательство.

Хотя данное дело было связано с особой ситуацией, сложившейся в результате проведения реформы уголовно-процессуального законодательства в Азербайджане, суть правонарушения по делу состояла в том, что не было никакого официального решения суда, которое бы разъяснило положения законодательства по делу заявителя. Напротив, в ответном письме на его апелляционную жалобу сотрудник Апелляционного суда (руководитель отдела по приему

граждан и писем) отметил, что вскоре его дело будет рассмотрено в Апелляционном суде и заявитель будет проинформирован о рассмотрении его дела в установленном порядке. Однако, несмотря на последующие регулярные обращения заявителя в течение года, рассмотрение дела так и не состоялось и заявителю не было предоставлено никакой информации по данному поводу. В конечном счете, по прошествии более двух лет со дня подачи апелляционной жалобы, суд уведомил заявителя в письме, подписанном тем самым сотрудником от 31 марта 2004 года, что «Согласно статье 72 действующего на данный момент Уголовно-процессуального кодекса... в Апелляционном суде... рассматриваются иные материалы по уголовным делам и уголовному преследованию в связи с апелляционными жалобами и протестами по вступившим в законную силу приговорам судов первой инстанции и прочим решениям. Рекомендуется обратиться в Верховный суд Азербайджанской Республики для пересмотра приговора, вынесенного Военной коллегией Верховного суда по решениям суда первой инстанции от 7 августа 1995 года и 26 июня 1996 года».

Европейский суд отметил, что письмо, подписанное сотрудником Апелляционного суда от 31 марта 2004 года, не является официальным решением суда, обладающим обязательной силой. Согласно азербайджанскому законодательству, сотрудник суда не обладал полномочиями по оценке перспектив рассмотрения жалоб; возможность рассмотрения жалобы должна была быть определена Апелляционным судом (см. УПК, ст. 391.2). Во всяком случае, в письме от 31 марта 2004 года не содержится ссылка на переходный закон, вследствие этого оно не может считаться источником толкования. Суд также должен был отметить, что основания, изложенные в письме от 31 марта 2004 года, вступали в явное противоречие с переходным законом, в котором было подтверждено право обжалования вступивших в законную силу решений судов первой инстанции после вступления в силу нового УПК.

Европейский суд по правам человека вынес решение **по Делу** (жалоба № 24271/05) от 17 января 2008 года, в котором определено, что был нарушен пункт 1 статьи 6 Конвенции и *судебное разбирательство дела заявителя* в Верховном суде не было проведено в соответствии с требованием обеспечения справедливости.

Заявитель, воспользовавшись правом обжалования судебных приговоров, вынесенных в соответствии с ранее действовавшим уголовно-процессуальным законодательством, в порядке, определенном в новом УПК (вступил в силу 1 сентября 2000 года), содержащемся в переходном законе от 14 июля 2000

<sup>9</sup> <http://az.trend.az/news/society/2055655.html>

года, подал кассационную жалобу 4 октября 2004 года в связи с приговором, вынесенным в его отношении 31 июля 1996 года. Кассационная жалоба была зарегистрирована в Верховном суде 6 октября 2004 года. По мнению Правительства Азербайджанской Республики, 15 октября 2004 года Верховный суд «уведомил заявителя о том, что судебное заседание по его делу будет проведено 7 декабря 2004 года». По мнению заявителя, им не было получено никаких повесток о явке на судебное разбирательство. и в общем он не получал никаких сведений относительно своего дела в течение нескольких месяцев.

27 января 2005 года заявитель отправил письмо в Верховный суд, в котором потребовал предоставления ему информации о положении дел с судебным разбирательством по его делу. Заявителю было сообщено, что 7 декабря 2004 года Верховный суд рассмотрел поданную им кассационную жалобу с участием государственного обвинителя, однако без участия самого заявителя.

В своей жалобе, направленной в Европейский суд, заявитель, ссылаясь на пункт 1 статьи 6 Конвенции, пожаловался, что Верховный суд не уведомил его о рассмотрении дела 7 декабря 2004 года, вследствие чего он не смог принять участие в судебном заседании. В жалобе заявитель также отмечает, что в связи со сложившейся ситуацией он не смог организовать необходимую защиту, самозащиту или воспользоваться во время судебного заседания услугами представителя своих интересов – адвокатом, выделенным Государством в соответствии с пунктами 3(б) и 3(в) статьи 6 Конвенции.

Европейский суд определил, что стороны не оспаривали рассмотрение кассационной жалобы по делу заявителя без участия самого заявителя 7 декабря 2004 года, однако оспорили факт доведения до сведения заявителя информации о предстоящем судебном заседании. Несмотря на то что правительством Азербайджанской Республики были представлены повестки о явке на судебное заседание, датированные 15 октября 2004 года, Европейский суд отметил, что эти повестки не были зарегистрированы на почте, таким образом, правительством Азербайджанской Республики не было представлено никаких доказательств, свидетельствующих о том, что повестки действительно были отправлены заявителю или иным способом были переданы ему. Европейский суд отметил, что в данном случае представленные правительством Азербайджанской Республики доказательства, свидетельствующие об уведомлении заявителя о проведении судебного заседания в должном порядке, не являются вескими. (Сравни: *Метелица против России*, № 33132/02, § 33, 22 июня 2006 года).

## VII. Выводы: Оптимистический взгляд в будущее. Вызовы и перспективы

Сегодня в Азербайджане стремительно растет численность грамотных и интеллектуальных госслужащих, добросовестно исполняющих свои должностные обязанности. Только за последние годы более 100 представителей молодежи, прошедших тестирование на прозрачных конкурсах, проведенных Комиссией по вопросам государственной службы, приступили к исполнению своих обязанностей. Более того, вполне очевидно, что выпускники юридических факультетов университетов более склонны работать в судебных органах, чем в других правоохранительных органах. На конкурс, объявленный Комиссией по вопросам государственной службы в сентябре текущего года, подали заявки: на 1 вакантное место помощника судьи в Бакинском Апелляционном суде – 62 человека, на 1 вакантное место на ту же самую должность в Бакинском суде по тяжким преступлениям – 32 человека, на 4 вакантных места секретарей судебных заседаний в Насиминском районном суде – 37 человек, на 1 место консультанта в расположенном в регионе Гянджинском Апелляционном суде – 27 человек, на 1 место консультанта в Сальянском районном суде – 10 человек.<sup>10</sup> Данная тенденция не является случайной, потому что именно судебные аппараты считаются «школой» формирования будущих судей. Данный факт подтверждается результатами процесса избрания судей, который уже проводился 3 раза с 2005-ого года и будет проводиться в 4-ый раз и который был высоко оценен европейскими экспертами по качеству прозрачности и прогрессивности процедуры. Из 235 судей, избранных из числа 2200 кандидатов, участвующих в конкурсах, 58 человек, или 24% стали госслужащими в судебных аппаратах. Данное число существенно превышает численность адвокатов, сотрудников прокуратуры и иных работников правоохранительной системы, назначенных на должность судьи.

В Азербайджане большое внимание уделяется вопросам обучения сотрудников судебных аппаратов. Законодательство предусматривает ежегодное повышение сотрудниками судебных аппаратов курсов повышения квалификации, организуемых Академией юстиции. Помимо этого, Судебно-Правовым Советом и Министерством юстиции в сотрудничестве с международными организациями организуется цикл тематических курсов. Только в этом году до 200 сотрудников судебных аппаратов посетили тренинги, организованные в 4 регионах страны Судебно-Правовым Советом и Азербайджанской Ассоциацией судей общей инстанции. А в прошлом году для приступивших к новой деятельности сотрудников аппаратов

<sup>10</sup> [http://dqm.k.az/aze/elan/270412/statistika/vakansiyalar\\_uzre\\_hesabat\\_1.htm#geri](http://dqm.k.az/aze/elan/270412/statistika/vakansiyalar_uzre_hesabat_1.htm#geri)

административно-экономических судов были организованы тренинг-курсы по теме «Административные суды – национальные и международные стандарты: прецедентное право Европейского суда по правам человека» с участием опытного эксперта из Германии.

Естественно, что в данной сфере предстоит сделать ещё многое. По мнению автора данной статьи, следует уделить особое внимание вопросам разработки правил поведения сотрудников судебного аппарата как специфической категории госслужащих. Следует заметить, что в этой сфере уже имеются международные стандарты. Так, на собрании Группы судей по вопросам укрепления добросовестности и неподкупности судей, действующей при Управлении по наркотикам и преступности Организации Объединенных Наций, состоявшемся в Вене 27-28 октября 2005 года, был принят документ под названием «Принципы поведения сотрудников судов» и странам-членам ООН было рекомендовано использовать данный документ при разработке норм в данной сфере.<sup>11</sup>

Мы уверены, что принятие действенных мер по комплектованию судебных аппаратов грамотными и предприимчивыми юристами и повышение их навыков и квалификации как важнейшая деятельность, направленная на повышение качества правосудия в Азербайджане, в ближайшем будущем даст свои плоды.

На данный момент Европейский суд, специализированные подразделения Совета Европы, а также различные региональные и международные организации проводят в различных странах цикл мероприятий, конференций и семинаров о месте и роли конституционных или верховных судов в соблюдении Европейской Конвенции. По нашему убеждению, было бы целесообразно уделить особое внимание роли судебных аппаратов в данном процессе. Если мы подойдем к данному вопросу с позиции формальной логики, сквозь призму развития от простого к сложному, то сможем осознать, какое важное место занимают сотрудники, не являющиеся судьями, в реализации права граждан на справедливое судебное разбирательство. Донесение справедливости до граждан зависит не только от окончательного решения, вынесенного судьей по делу, оно также зависит от того пути, который ведет к принятию данного решения, от того, насколько эффективно и гибко выстроены отношения между гражданами и судебными чиновниками.

Мы хотели бы подытожить сказанное цитатой из выступления министра юстиции Азербайджанской Республики, председателя Судебно-Правового Совета Фикрета Мамедова на состоявшемся в этом году Втором Петербургском международном юридическом форуме. Разумеется, что все сказанное

господином министром в целом имело отношение к отправлению правосудия. Но данные мысли могут быть выражены также с учетом обязанностей каждого сотрудника судебного аппарата: «Без сомнения, нам нужно двигаться вперед, и мы должны двигаться до тех пор, пока не достигнем описанного Мартином Лютером Кингом состояния – «пусть правосудие течет как вода». Я считаю, что сотрудничая и изучая опыт друг друга, а также активно применяя метод электронного отправления правосудия, мы внесем свой вклад в дело оказания «самого лучшего» правосудия населению мира. Уверен, что мы достигнем поставленной нами цели, ибо как было сказано в древнем изречении: *Nulla difficultas tanta est, quam mens human non vincat* – Нет такой сложности, которую не мог бы разрешить человеческий ум».<sup>12</sup>

<sup>11</sup> [www.unodc.org/pdf/corruption/publication\\_jig4.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publication_jig4.pdf)

<sup>12</sup> Milli və beynəlxalq ədalət mühakiməsinin inkişafı: Çağırışlar, islahatlar və perspektivlər – Azərbaycan təcrübəsi / Azərbaycan Respublikasının ədliyyə naziri, Məhkəmə-Hüquq Şurasının sədri Fikrət Məmmədovun “İkinci Peterburq Beynəlxalq Hüquq forumunda (Sank-Peterburq, 16-19 may 2012-ci il) məruzəsi” / “Qanunçuluq” jurnalı, may 2012, №5, s. 38-40

## Гарантия «справедливого судебного разбирательства» как право эффективного представления правовой точки зрения в судопроизводстве – императивные требования для национального процессуального права

Гарантия «справедливого судебного разбирательства» имеет свою основу согласно статье 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека. Нарушения права Конвенции занимают большое место в судебной практике Европейского суда по правам человека. 80% решений, принимаемых Европейским судом по правам человека, касаются прав из Конвенции. В более чем в 70% решений Европейский суд по правам человека критикует длительную продолжительность судопроизводства. Настоящая статья посвящается отдельным выявляемым гарантиям «справедливого судебного разбирательства» и ее воздействию на правовую сферу гражданина, а также вытекающим отсюда требованиям к национальному процессуальному праву.

### I. Введение. Понятие «справедливого судебного разбирательства»

Понятие «справедливое судебное разбирательство» не определено в Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, что послужило поводом для разногласий с точки зрения его правильного значения. Следует исходить из понятия «справедливого слушания», имеющего по английской правовой традиции самостоятельное значение для описания всех гарантий судопроизводства, необходимых для справедливого судопроизводства. Данное понятие охватывает не только вопрос справедливости слушания, но и требует, в английском понимании, минимальную меру справедливости во время всего судопроизводства. В большинстве случаев речь идет о требовании «справедливого судебного разбирательства» и используется при этом не применяемый в английской юридической литературе и практике термин. Тем не менее, часто попеременно и без указания на разное содержание применяемые понятия «справедливое слушание» и «судебное разбирательство» способствуют

ют предположению, что понятия по своему содержанию следует понимать равнозначно. Спор о формулировке носит, скорее всего, академический характер. Следует отметить, что Европейская Комиссия по защите прав человека с самого же начала рассматривала «судебное разбирательство» в качестве права человека, защищенного ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека.<sup>2</sup> Данное преимущественно привычное понятие нашло свое место также и в судебной практике Европейского суда по правам человека. Поэтому и в настоящей статье понятия «справедливое слушание» и «судебное разбирательство» должны применяться как синонимы.

Понятие «справедливое судебное разбирательство» является очень комплексным, но может быть исчерпывающе описано «общей оговоркой для судопроизводства в правовом государстве». Закрепленные в ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека отдельные элементы, дополненные презумпцией невиновности согласно ч. 2 ст. 6 той же Конвенции и минимальными стандартами согласно ч. 3 ст. 6 Конвенции, представляют собой всего-навсего необходимый минимум. В Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека нет никакого указания, как именно обеспечивается «справедливое судебное разбирательство». Вопрос о том, имело ли место «справедливое судебное разбирательство», может быть решен позже на основании процессуальной формулировки процессуального законодательства государства. Лица, применяющие Европейскую Конвенцию о защите прав и основных свобод человека, должны понимать принцип «справедливого судебного разбирательства» в качестве программного предложения, используя такие элементы для конкретизации, которые сформировались в течение десятилетий европейского развития в качестве совместного консенсуса всех договаривающихся сторон Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека в сфере основных процессуальных прав.<sup>3</sup>

### II. Адресаты ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека. Ограничение национальной процессуальной автономии

Как в целом права Конвенции, так и процессуальные гарантии, согласно европейско-правовой дог-

<sup>1</sup> является судьей Федерального суда Германии по социальным делам, а также главным редактором настоящего журнала.

<sup>2</sup> Ср. например, отчеты комиссии № 524/59 и 617/59, YbK 3, 22 и 370.

<sup>3</sup> Открытым остается спорный вопрос, носит ли принцип «справедливого судебного разбирательства» характер самостоятельного процессуального принципа, ибо обязанности, вытекающие по нормам международного права из Европейской Конвенции по защите прав и основных свобод человека, не вытесняются национальным правом при обеспечении подобных гарантий, а привлекаются в качестве проверочных масштабов.

матине, являются связующими исключительно для договаривающихся государств. Договаривающиеся государства ответственны в каждом отдельном случае за действительную защиту индивидуальных прав, основанных на Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, если выполнены предпосылки для их применения.

Однако, согласно постоянной судебной практике Европейского суда по правам человека, ввиду отсутствия специальной регуляции, компетенцией внутригосударственного права отдельных договаривающихся государств является определение компетентных судов и урегулирование процессуальных предписаний для искового производства, которые должны обеспечить защиту прав гражданина, вытекающих из Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека. Данный принцип, защищающий в особенности национальное процессуальное право против «деформаций» на европейско-правовом уровне, существует лишь в том случае, когда условия национального процессуального законодательства делают практически невозможным или безмерно осложняют (принцип эффективности) применение прав, присвоенных Европейской Конвенцией о защите прав и основных свобод человека. Делает ли национальная процессуальная норма невозможным применение прав Конвенции или же безмерно осложняет их, необходимо проверить с учетом местонахождения конкретного предписания в общем процессуальном праве, следствия и особенностей производства во многих компетентных органах. При данной проверке следует, кроме этого, учитывать такие принципы, лежащие в основе системы правовой защиты, как соблюдение прав обороны, принципа правового обеспечения и соответствующего хода производства.

### III. Сфера применения. Гражданско-правовые требования и обязанности, а также уголовно-правовые обвинения

Согласно судебной практике Европейского суда по правам человека, предпосылкой применения ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека в сфере гражданского права является требование, которое ставится на основании внутригосударственного права, а также наличие действительного и серьезного спора по данному вопросу и гражданско-правовая природа самого требования.<sup>4</sup> Уголовно-правовые обвинения должны касаться конкретного преступления. Европейский суд по правам человека понимает под обвинением официальное

уведомление затронутого лица со стороны компетентного органа о предъявленном ему обвинении в совершении конкретного преступления.<sup>5</sup>

Согласно дословному значению ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, вроде все ограничивается «главным производством, слушанием». Однако, согласно постоянной практике Европейского суда по правам человека, при определении «разумного срока» в пределах ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека как минимум следует решить вопрос о содержании уголовно-правового обвинения, учитывая предшествующие судопроизводству стадии процесса. Даже перед обращением в соответствующий суд может начаться истечение данного срока.<sup>6</sup> Следует обратить внимание на тот момент, когда состояние лица ограничено и ущемлено ввиду осуществляемых против него следственных действий.<sup>7</sup> «Обвиняемым» лицо может считаться в соответствии с ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека со дня ареста, предъявления обвинения или начала предварительного производства.<sup>8</sup>

#### 1. Доступ к независимому и беспристрастному суду. Оказание помощи при оплате процессуальных расходов

Исходя из перспективы гарантии «справедливого судебного разбирательства», следует особенно отметить независимость и беспристрастность суда и оказание помощи при оплате судебных расходов в качестве процессуально-правовой конкретизации требования к доступу к правосудию.

«Независимый» и «беспристрастный» суд подразумевает свободный от предотвратимых возможностей влияния – в особенности от исполнительной власти – судебный орган, а также, если это не предусмотрено процессуальным правом, свободный от влияния сторон процесса суд. Данный принцип охватывает все элементы волеизъявления судей, включая их статус, т.е. осуществление всех необходимых организационных мер предосторожности, и создание рамочных условий для осуществления судебной деятельности.

Право на доступ к правосудию охватывает также и удовлетворение требования об оказании помощи

<sup>5</sup> Европейский суд по правам человека, Решение от 27.02.1980, периодическое издание суда, 1980, 667 – Девеер против Бельгии.

<sup>6</sup> Ср. Европейский суд по правам человека, Дело Гольдера, Решение от 21.02.1975, A/18, периодическое издание суда, 1975, 91, 94.

<sup>7</sup> Пойкерт, периодическое издание Европейского суда по правам человека, 1980, 259.

<sup>8</sup> В основном Европейский суд по правам человека, Дело Фоти, Решение от 10.12.1982, NJW – юридический издательский журнал, 1986, 647 и последующая страницы, с ярко выраженной взаимосвязью с решениями Вемгоффа, Ноймайстера и Рингайзена.

<sup>4</sup> Ср. подробно Майер-Ладевик. Европейская Конвенция о защите прав и основных свобод человека, 3-е издание, Баден-Баден, 2011, с. 6, сноски на полях 4, 6 и последующих страницах.

при оплате судебных расходов, если сторона не в состоянии оплатить судебные расходы. Право на доступ к правосудию должно быть обеспечено также лицам, не имеющим достаточных средств для оплаты судебных издержек, необходимой гарантии или же адвокатского гонорара. Право на суд и на доступ должно быть действительным. Это означает, что заинтересованное лицо имеет право на адвоката, даже если оно находится в тюрьме. Если же затронутое лицо не в состоянии оплатить адвокатские расходы, либо не может само представлять себя в своем деле ввиду сложности или принуждения к представительству, то необходимо привлечь к делу адвоката посредством оказания помощи при оплате судебных расходов, если это необходимо для действительно-го доступа к суду.<sup>9</sup> Сама Европейская Конвенция о защите прав и основных свобод человека не гарантирует оказание помощи при оплате судебных расходов. Если у затронутого лица нет адвоката, то это может нарушить принцип справедливости судопроизводства.<sup>10</sup>

## 2. Требование правового слушания

Важным проявлением «справедливого судебного разбирательства» в уголовно-правовом «производстве обвинения» является требование обвиняемого правового слушания. Данный принцип не исчерпывается одним только требованием слова, т.е. высказыванием чего-либо. Беспрепятственная возможность высказываться по фактическим обстоятельствам дела в правовом и фактическом смысле подразумевает право быть выслушанным.<sup>11</sup> Суд должен внимательно выслушать и оценить все высказывания. Судебные решения могут опираться исключительно на факты и доказательства, по которым высказались участники процесса. Поскольку влияние на производство возможно исключительно «по знанию о вещах», обвиняемому необходимо предоставить достаточно времени и возможности высказаться по обвинению и представить важные для него фактические обстоятельства и доказательства. Это соответствует и сути Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, которая не считает нарушением Конвенции непредоставление подсудимому «последнего слова» в случае, если ему это время уже было предоставлено.<sup>12</sup> Таким образом, требование правового слушания обобщенно не

должно нарушаться, когда подсудимого ограничивают во времени ввиду своих обширных и подробных показаний.

Из смысла и цели требования правового слушания вытекает фактическое право затронутого лица на участие в производстве и процессе. Его высказывания крайне важны для исследования состава преступления или фактических обстоятельств дела и установления виновности. Личные впечатления играют немаловажную роль для назначения меры наказания. Поэтому принцип «справедливого судебного разбирательства», как правило, подразумевает согласно Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека личное присутствие.<sup>13</sup> Также права, закрепленные в ч. 3 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, подразумевают, в первую очередь, личное участие подсудимого. Рассмотрение уголовных дел против отсутствующих лиц только в том случае совместимо со ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, если у заинтересованного лица есть право требовать повторного рассмотрения. Согласно защитной функции, должно быть исключено, чтобы подсудимому не объяснили правовых возможностей обжалования судебного решения. Поэтому ему необходимо предоставить на понятном ему языке письменное решение и разъяснения о механизмах обжалования. Если же речь идет об иностранном затронутом лице, то необходимо его обеспечить переводом. Однако следует отметить, что Европейская Конвенция о защите прав и основных свобод человека всегда отказывала в прошлом в требовании о переводе судебного решения, не высказывая конкретной позиции по точке отсчета.

## 3. Принцип «равенства»

Опирающееся на принцип «*audiatur et altera pars*» право равенства является составной частью принципа справедливости по ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, являясь при этом особым выражением принципа равенства. Согласно данному принципу, каждая сторона получает возможность на представление своего дела, включая собственные доказательства, при условии, что это не будет иметь каких-либо веских отрицательных последствий для противника. Это означает, что противостоящие стороны должны иметь равные процессуальные возможности и права. Однако дело не в том, насколько противоположная сторона фактически воспользуется преимуществом, а в том,

<sup>9</sup> Европейский суд по правам человека, Решение от 09.10.1979, периодическое издание суда 1979, 626 №34 – Айрей против Ирландии.

<sup>10</sup> Европейский суд по правам человека, Решение от 16.07.2002, 56547/00, №91 02-VI P., С. – С. против Великобритании.

<sup>11</sup> См. Арндт, NJW – юридический издательский журнал, 1959, 6.

<sup>12</sup> Европейская Конвенция по защите прав и основных свобод человека, Решение от 23.09.1971, 4764/64, CD 39, 87/89.

<sup>13</sup> Ср., например, Решение от 08.07.1978, периодическое издание суда 1978, 341-ая и последующие страницы; однако это не касается кассационной инстанции, ибо там решаются исключительно правовые вопросы.

чтобы такое право абстрактно существовало и сторона могла бы пользоваться этим правом.

В уголовно-правовом «производстве обвинения» принцип равенства требует высказываться относительно органа обвинения достаточно и разумно в фактическом и правовом смысле и не подвергаться пренебрежению. Как правило, обе стороны оснащены одними и теми же процессуальными правами, чтобы не допускать подавляющего преимущества со стороны прокуратуры. Об этом своевременно высказалась и Европейская Конвенция о защите прав и основных свобод человека, однозначно назвав принцип равенства важной составной частью справедливого судебного разбирательства.<sup>14</sup> К данной точке зрения присоединился и Европейский суд по правам человека.<sup>15</sup> Кроме этого, суд установил, что для действия данного принципа равенства достаточно наличие формальной и процессуальной позиций стороны, т.е. нет необходимости в том, чтобы прокуратура была бы процессуальной «противницей» подсудимого.

Как повторно подтвердила Европейская Конвенция о защите прав и основных свобод человека, ни сама Конвенция, ни Дополнительный протокол №1 не содержат определения, обеспечивающего исключительно свободу языков. Правда, данная гарантия может быть извлечена из других свобод, но без указания на процессуально-правовую сферу. Это соответствует общему мнению, что принцип «справедливого судебного разбирательства» не дает права подсудимому делать свой родной язык языком судебного разбирательства даже в том случае, если в конкретном государстве несколько государственных языков.<sup>16</sup> И для него действует принцип, что все участники процесса должны довольствоваться языком судебного разбирательства. Одновременно с этим следует учитывать факт незнания языка судебного разбирательства с привлечением переводчика. Европейский суд по правам человека придерживается мнения, что непризнание права стороны использовать в судопроизводстве родной язык может быть рассмотрено посредством нарушением права на справедливое слушание.

#### 4. Публичность судопроизводства

Статья 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека обеспечивает публичность судопроизводства в двояком понимании: с одной стороны, это требование проведения устного судебного

разбирательства, открытого для общественности, с другой стороны, это требование опубликования окончательных судебных решений.

##### *а) Защита от лишеного публичного контроля «тайного правосудия»*

Важной составной частью гарантии «справедливого судебного разбирательства» является принцип публичности. Он защищает участников процесса от лишеного публичного контроля «тайного правосудия», усиливая общественное доверие к судебной деятельности и содействуя публичности судебного разбирательства, закрепленного в Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, свойственного правовому государству судопроизводства. Исходя из цели нормы контроля общественности, нецелесообразно, чтобы, согласно национальному процессуальному законодательству, устное судебное разбирательство проводилось на языке, который не является языком судопроизводства и родным языком коренного населения. Большая часть населения исключается из вербального процесса коммуникации, а также затрагиваются интересы защиты жертв. Об этом Европейскому суду по правам человека еще следует принимать решения.

##### *б) Обзор: судебная практика – угроза принципу «справедливого судебного разбирательства»?*

Освещение нашумевших преступлений в СМИ играет большую роль. Исследованные посредством освещения преступлений информации и оценки являются непосредственно или опосредованно частью освещения деятельности судов, либо воздействуют на них. Спор и конкуренция между отдельными редакциями об информации, кадрах и прочей информации об истории преступления имеют историю такой же давности, как и сама свободная пресса. Они возрастают в таком же масштабе, в каком ландшафт СМИ растет благодаря новым печатным СМИ, теле- и радиопрограммам, т.е. увеличивается конкуренция. Неудивительно, что старания редакций о добыче эксклюзивных информации и материалов для освещения деятельности судов не всегда соответствуют нормам правопорядка. Известно, что при этом используются определенные финансовые средства.

Однозначно, что эксцессивное восприятие свободы СМИ может противоречить требованиям эффективного судопроизводства: освещение деятельности судов посредством СМИ может быть настолько агрессивным, что это может противоречить поиску правды в судах, т.е. важнейшей цели уголовного судопроизводства. Еще до вынесения приговора преждевременно может быть признан «несостоявшимся»

<sup>14</sup> Ср. Отчет Комиссии по производству жалоб Патаки и Дунширна, Е 596/59 и 789/60, УбК 6, 714.

<sup>15</sup> Европейский суд Ноймайстера, Решение от 27.06.1968г., А/8 § 22.

<sup>16</sup> Следует отличать от этого естественное право на пользование родным языком, который следует признать важнейшей составной частью его личности при общении с государственными органами.

сбор доказательств стороной обвинения или, наоборот, признание виновности. Существует угроза, что освещение какого-либо производства дела повлияет на само дело и данное дело подпадет под влияние публицистических интересов. Опубликованное непосредственно перед или во время судебного разбирательства интервью свидетеля влияет на оценку обвинения, в особенности в том случае, когда свидетель получает от какого-либо СМИ высокие гонорары за эксклюзивное интервью. Интервью влияет также на свидетельские показания в суде. То же самое касается и показаний подсудимого по отношению к позиции третьего лица, если оно было жертвой по конкретному преступлению или наоборот. В любом случае имеет место нарушение процессуальных прав других участников процесса. Такому виду освещения деятельности судов противостоит, наряду с отдельными ограничениями, в материальном уголовном праве осуществление уголовного дела со многими разными проявлениями принципа «справедливого судебного разбирательства».

### **5. Принцип разумной продолжительности производства**

По ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, суд обязан принимать решение «в разумный срок». Данная гарантия является, с одной стороны, составной частью принципа эффективной судебной правовой защиты. С другой стороны, существует соотношение с отдельными гарантиями справедливого судебного разбирательства, ибо обеспечение процессуальных прав означает затягивание судопроизводства. В особенности в уголовных делах речь идет о том, чтобы исход уголовного дела был бы предвидим. Отсчет важного с точки зрения основных прав срока начинается по гражданским делам с возбуждения иска,<sup>17</sup> а в уголовных делах – до начала главного судебного разбирательства, когда предпринимаются первые следственные шаги.<sup>18</sup> Для оценки разумности продолжительности судопроизводства Европейский суд по правам человека исходит из оценки каждого конкретного случая. Масштабом оценки суд называет «разумность продолжительности судопроизводства». В особенности, согласно интересам, противостоящим в пределах правового спора, следует оценивать по комплексности правового спора и поведению истца, а также компетентного органа.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Европейский суд по правам человека, HRLJ 1992, 419, RdNr. 43 – Editions Periscope.

<sup>18</sup> Европейский суд по правам человека, Решение от 02.10.2003, сноска на полях 32 – Хенниг, Series A, Vol 195-B, RdNr. 16 – Manzoni.

<sup>19</sup> См. Решения Европейского суда по правам человека. 1987, (Series A Nr. 117, § 66 – Erkner и Hofauer) и 1991, (Series A Nr. 218, § 60 – Kemmache).

Согласно данной судебной практике, нет никаких временных ограничений. Затягиванием судопроизводства, согласно ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека, считаются нарушения со стороны компетентных органов договаривающегося государства. Затягивание со стороны уполномоченного лица физического лица подпадает под категорию нарушений со стороны конкретных лиц.

### **IV. Уголовно-процессуальные минимальные стандарты согласно ч. 3 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека. Права и гарантии подсудимого**

Ч. 3 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека гарантирует каждому подсудимому в уголовном деле определенные минимальные стандарты, представляющие случаи особого применения согласно ч. 2 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека совместного с закрепленным в ч. 1 ст. 6 Конвенции принципом «справедливого судебного разбирательства». Из этого следует, что проверка уголовно-процессуальных мер не обособлена от цели обеспеченного отдельного права. Следует учитывать и другие элементы «справедливого судебного разбирательства», а также справедливость уголовного судопроизводства в целом. Не исключено нарушение гарантии «справедливого судебного разбирательства», когда учитываются все отдельные права по ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека.

#### **1. Действие на всех стадиях уголовного судопроизводства**

На вопрос о том, действуют ли все урегулированные ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека процессуальные гарантии на всех или только на отдельных стадиях уголовного судопроизводства, невозможно ответить исходя из дословного значения отдельных предписаний. Ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека говорит о судебном слушании, на котором решается вопрос о содержании обвинения. Из этого следует, что данная норма применяется только при принятии решений. Это не касается требования, что необходимо принимать решение в разумный срок. Исчисление срока начинается с того момента, когда положение лица ограничивается проводимыми против него следственными действиями.

Следует ли учитывать требование справедливого судебного разбирательства уже на ранней стадии, до начала основного производства? Этот процесс невозможно однозначно изъять из судебной практики



Европейской Комиссии по правам человека и Европейского суда по правам человека. Оба однозначно отметили, что процессуально-правовые меры, не имеющие связи с решением о предъявлении обвинения, т.е. не содействующие принятию решения судьей, не подпадают под действие ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека. Данные решения не противоречат аргументации, что определенные процессуальные действия, содействующие следствию и позже принятию решения, следует соотносить по ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека даже в том случае, если это происходит до предъявления обвинения или между предъявлением обвинения и судебным разбирательством. Однако тут предлагается различный подход, учитывающий особые задачи и цели отдельных стадий производства.

При этом следует учитывать отдельные фактические обстоятельства в каждом конкретном случае и особое право договаривающихся государств. Например, права ч. 3 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека имеют значение во время предварительного производства, что нельзя сказать о правах по ч. 3 в, г и д ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

## 2. Отдельные права и гарантии

Все права и гарантии по ч. 3 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека оснащены «эффективностью защиты», в особенности ч. 3 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека – допрос показывающих против него свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него. Здесь Европейский суд по правам человека имеет довольно обширную судебную практику.<sup>20</sup>

*а) Право каждого обвиняемого в совершении уголовного преступления быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения (ч. 3 а ст. 6 Конвенции)*

По ч. 3 а ст. 6 Конвенции, «Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет право быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения». Данная норма имеет целью максимально быстрое информирование обвиняемого о предъявленном ему обвинении. Исходя из этого, измеряется объем уведомления в зависимости

от вида и содержания обвинения. Поскольку затронутое лицо не в состоянии подготовить свою защиту, уведомления должны быть максимально подробными и точными.<sup>21</sup> Обвиняемого следует уведомить как минимум о деяниях, в совершении которых он подозревается, включая нормы, на которые опирается само обвинение. Согласно судебной практике, нет необходимости уведомления о существовании собранных по делу доказательств.<sup>22</sup> Обвиняемого всегда следует уведомлять об изменениях в правовых предписаниях, а также в правовой квалификации.

Согласно цели нормы, обвиняемый должен быть уведомлен на понятном ему языке. Если же уведомление составлено на языке, который не является родным языком обвиняемого, то необходимо бесплатно перевести на соответствующий язык обвинительное заключение и ордер об аресте. Исходя из сути нормы, гарантии ч. 3 б ст. 6 Конвенции недостаточно, чтобы обвинительное заключение впервые было бы переведено переводчиком на судебном разбирательстве. Письменный перевод был бы запоздавшим на основании принципа равенства.

*б) Право иметь достаточно времени и возможности на подготовку к своей защите (ч. 3 б ст. 6 Конвенции)*

Имела ли сторона защиты достаточно времени для подготовки к устному судебному разбирательству, следует решать в зависимости от фактических обстоятельств отдельных случаев. Исчисление необходимого времени отличается в зависимости от стадии производства. Разумный объем времени на подготовку определяется объемом и сложностью фактических и правовых обстоятельств, стадии производства, а также положения защиты. Прошедшее до предъявления обвинения время не предлагает абстрактного масштаба оценки. Поэтому, исходя только из обвинения, невозможно говорить императивно о нарушении ч. 3 б ст. 6 Конвенции. К неминуемым предпосылкам «разумной возможности» относится также право подсудимого на беспрепятственную коммуникацию с выбранным им же адвокатом.

Из признания общения с адвокатом следует, что иноязычному подсудимому следует предоставить переводчика, если не обеспечена эффективная с точки зрения аспектов защиты коммуникация между ним и адвокатом. С точки зрения постоянной судебной практики, согласно ч. 3 б ст. 6 Европейской Конвенции

<sup>21</sup> Европейская Комиссия по правам человека, Решение от 02.09.1959, 343/57, YbK 2 (1958/59); также Пойкерт, периодическое издание суда, 1980, с. 247 и последующие страницы, 263.

<sup>22</sup> Европейская Комиссия по правам человека, Решение от 09.05.1977, 7628/76, DR 9, 169; ср. также Пойкерт, периодическое издание суда, 1980, с. 247 и последующие страницы, 263.

<sup>20</sup> Ср. Грабенвартер, Процессуальные гарантии в административном судопроизводстве, 1997, с. 636 и последующие страницы.

ции о защите прав и основных свобод человека подсудимый, в первую очередь, должен сам заботиться о достаточном количестве времени и возможности для подготовки к защите. Европейская Комиссия по правам человека считает, что не знающий языка подсудимый должен, в первую очередь, сам заботиться об адвокате, общаясь с ним без переводчика. С другой стороны, он сам должен заботиться о переводчике.<sup>23</sup>

В уголовном судопроизводстве защитная функция ч. 3 б ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека исчисляется по срокам вызова, правом приостановления производства и предоставлением сроков для разъяснения. Не знающий языка может исчерпать законные и судебские сроки только в том случае, если он понимает содержание извещения или прочих, касающихся срока подготовки уведомлений. Поэтому подобные документы и уведомления должны быть переведены.

*в) Право на защиту (ч. 3 в ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека)*

Минимальными правами подсудимого и, тем самым, важной составной частью «справедливого судебного разбирательства» является согласно ч. 3 в ст. 6 Конвенции право на защиту. Данная норма имеет несколько проявлений, гарантируя право на самозащиту, свободный выбор защитника и на основании определенных предпосылок право на бесплатного казенного адвоката.

Подсудимый всегда имеет право на самозащиту, если он не имеет защитника или не нуждается в нем. Решение о том, может ли подсудимый защищаться сам или он нуждается в защитнике, является компетенцией суда. Если подсудимый сам выбрал себе защитника или он был ему назначен, то в данном случае функция осуществления прав защиты и принятия участия в судебном разбирательстве переходит к адвокату. Но это не следует понимать как процесс, направленный против интересов подсудимого. Если он, например, своевременно подаст жалобу, а не его адвокат, то следует учитывать жалобу подсудимого.

На адвоката по собственному усмотрению подсудимый может претендовать только в том случае, если он в состоянии сам оплатить его услуги. Если суд отклонит выбранного адвоката ввиду его некорректного поведения, вынудив подсудимого выбрать другого адвоката, то это вовсе не означает вмешательства в право его свободного выбора. Право выбора в любом случае остается в силе. Европейский суд по правам человека проверяет, насколько отклонение адвоката или его исключение преследовало цель запугать дру-

гих потенциальных адвокатов, критиковать и осложнять защиту как таковую.

Возможность выбора, закрепленная за подсудимым, защищаться самому или привлечь адвоката, основывается на конклюдентной презумпции Конвенции, которая означает, что затронутое лицо должно выбрать один из путей благодаря свободному волеизъявлению. Данное волеизъявление в пользу или против какого-либо адвоката должно зависеть от того, как затронутое лицо оценивает шансы на успех и способности к самозащите. Важной помощью в ориентации служат конкретные обвинения, сформулированные в обвинительном заключении. Все это взаимосвязано с гарантией на защиту согласно ч. 3 в ст. 6 Конвенции.

Из ч. 3 в ст. 6 Конвенции следует право на пользование услугами защитника, в частности, во время предварительного следствия, при первом же допросе в полиции после временного задержания.<sup>24</sup> Возможны краткосрочные ограничения, если это составляет необходимость. Как будет обеспечиваться право, зависит от отдельных обстоятельств конкретного случая. Если доступ к адвокату не будет обеспечен незамедлительно, то Европейский суд по правам человека проверяет соблюдение и воздействие на принцип «справедливого судебного разбирательства».<sup>25</sup> Все это зависит от определенных ограничений, а также от того, будут ли впоследствии сбалансированы пробы.

*г) Право на допрос свидетелей, дающих показания в пользу или против подсудимого (ч. 3 г ст. 6 Конвенции)*

Согласно ч. 3 г ст. 6 Конвенции, подсудимый имеет право задавать вопросы свидетелям, дающим показания против него, а также ходатайствовать о вызове в суд и допросе свидетелей, дающих показания в пользу него, на тех же условиях, как вызываются в суд свидетели, дающие показания против него. При исследовании обязанностей суда о вызове свидетелей и экспертов, а также изучении судебной практики Европейского суда по правам человека возникает вопрос, можно ли оправдывать отказ в вызове и недопущение определенных вопросов какими-либо легитимными причинами. Данное решение следует принимать между причинами и отрицательными последствиями для подсудимого.<sup>26</sup>

Если речь идет о вызванных в суд свидетелях, то, по мнению Европейского суда по правам человека,

<sup>23</sup> Европейская Комиссия по правам человека, Решение от 29.05.1975, 6185/73, DR 2, 68.

<sup>24</sup> Европейский суд по правам человека, Решение от 28.11.1991, Series A, Bd. 220, S. 16 Nr. 58 – S./Швейцария.

<sup>25</sup> Европейский суд по правам человека, Решение от 08.02.1996, периодическое издание суда, 1996. 587 Nr. 62 f – Муррай против Великобритании.

<sup>26</sup> По судебной практике ср. Грабенвартер, aaO, S. 636 ff.

достаточно, чтобы хотя бы один раз в течение всего судебного разбирательства возникла возможность задавать вопросы. Поэтому подсудимый не может требовать своего присутствия во время допроса свидетелей в полиции, если свидетели повторно будут допрашиваться во время судебного разбирательства в присутствии самого подсудимого. Допустим также допрос конкретного свидетеля во время судебного разбирательства в отсутствие самого подсудимого, если присутствие на допросе подсудимого может повлиять на свидетеля. Хотя это право можно применять лишь в ограниченном виде.

Ограничено право подсудимого на вызов свидетелей. Европейский суд по правам человека признает в постоянной судебной практике свободу судебной дискреции, предполагая нарушение ч. 3 г ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека только в том случае, когда подсудимый может доказать, что судом не был заслушан свидетель, дающий показания в пользу подсудимого, несмотря на то что суд может предвидеть важность даваемого им показания.

Ч. 3 г ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека необходимо применять в качестве доказательства со стороны экспертов.<sup>27</sup>

#### *д) Влияние общественного мнения на свидетелей*

Очевидно, что общественное мнение может значительно повлиять на свидетелей, дающих свои показания в пользу или против подсудимых. Если же речь идет о привлечении доказательств посредством экспертов, то степень воздействия значительно ниже.

Если общественное мнение является дружественным к подсудимому, то оно порой содержит неблагоприятные высказывания о жертве и свидетелях, дающих показания против подсудимого, которые представляются в свете общества недостоверными. Если же общественное мнение неблагоприятно к подсудимому, то это определенная опасность с точки зрения предубеждений. Договорные обязательства и оговорки между СМИ и свидетелями только усиливают тенденцию дачи показаний в интересах договаривающейся стороны. С точки зрения подозреваемого, дающего интервью журналу в качестве узника в предварительном заключении, имеет смысл отрицать предъявленные ему обвинения о соучастии, обременяя своих соучастников. Еще большие сомнения возникают в том случае, когда свидетели «подкупаются» СМИ и если публикация их информации или оценок имеет место до их допроса во время судебного разбирательства. Если свидетели высказываются в прессе, давая интервью перед включенной камерой до того,

пока они дали показания в суде, они порой оказываются в сложной ситуации. Ибо свидетель, уже определенно высказавшийся, возможно, окажется в противоположности интересов перед судом.

#### *е) Право на бесплатные услуги переводчика (ч. 3 д ст. 6 Конвенции)*

Закрепленная в ч. 3 д ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека гарантия распространяется, по общему мнению, всего лишь на понимание между подсудимым и судом, обеспечивая подсудимому право «пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке». Смысл данной нормы состоит в защите подсудимого от процессуальных сложностей, состоящих исключительно в различии между его родным языком и языком судебного разбирательства.

Целью является процессуально-правовое равенство перед законом подсудимых, как владеющих, так и не владеющих языком судебного разбирательства. При этом гражданство имеет второстепенную роль. Главным фактором является незнание языка. Терминологически имеются в виду и сложности коммуникации, возникающие в том случае, если затронутое лицо говорит на диалекте. Спорен вопрос, может ли только не знающее языка затронутое лицо сослаться на закрепленную в ч. 3 д ст. 6 Конвенции гарантию или данная гарантия распространяется и на глухого. Однако вне сомнения, что принцип справедливого судебного разбирательства немислим без определенного толкования.

Ч. 3 д ст. 6 Конвенции не дает подсудимому право требовать проведения судебного разбирательства на желаемом им языке (даже в случае наличия нескольких государственных языков), на родном языке или же на каком-либо языке по его выбору.<sup>28</sup> Решающим является язык судебного разбирательства, применение которого является предпосылкой для действительности судебных разбирательств. Однако все это не может помешать подсудимому давать показания на своем родном языке.

Право на бесплатное пользование переводчиком действует на всех стадиях уголовного дела и судопроизводства. Это касается не только устного судебного разбирательства, но и отдельных документов. Часто достаточен устный перевод таких документов.<sup>29</sup>

Если подсудимый владеет несколькими языками, то нет необходимости в привлечении переводчика, если судебное разбирательство проходит на одном из этих языков. Следует исходить из недостаточного

<sup>27</sup> Важной в этом отношении является судебная практика Европейской Комиссии по правам человека с 1969 г.

<sup>28</sup> Ср. Пойкерт, периодическое издание суда, 1980, 247, 254 mwN.

<sup>29</sup> Ср. Европейский суд по правам человека, Решение от 24.02.2005, 18913/03, Гусайн против Италии.

знания языка, если подсудимый не владеет языком в такой степени, что он может слушать и понимать судебное разбирательство, давать определенные разъяснения о его преследовании и делать четкие высказывания. Привлечение переводчика необходимо, если подсудимый, правда, достаточно понимает язык судебного разбирательства, однако говорит на «ломаном» языке. Следует решать в каждом конкретном случае, насколько удовлетворена эта предпосылка.

Подсудимого следует освободить не только временно, но и окончательно от расходов на оплату услуг переводчика.<sup>30</sup> Ч. 3 д ст. 6 Конвенции обеспечивает подсудимому бесплатное пользование переводческими услугами. Причиной для полного освобождения подсудимого от оплаты расходов является соображение, что не знающий языка подсудимый в случае своего осуждения может быть обременен расходами на услуги переводчика и только из-за этого риска может отказаться от пользования переводческими услугами. Он может попытаться защищать себя сам, отказавшись от обжалования решения из-за больших расходов. В данной опасности Европейский суд по правам человека по праву усмотрел факт нарушения принципа справедливого судебного разбирательства.<sup>31</sup>

## V. Результат

Гарантия «справедливого судебного разбирательства» содержит в себе ожидание гражданина справедливого, порядочного и заслуживающего доверие поведения со стороны государственных судебных инстанций. Как показала сама статья, данная гарантия содержит много частных процессуальных прав, охватывая и национальные обязательства для национальной судебной системы. Благодаря долголетней судебной практике Европейского суда по правам человека закрепленный в ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека кодифицированный минимальный процессуальный стандарт необходимо учитывать договаривающимся государствам при формировании данной системы и процессуального законодательства. На это следует смотреть серьезно, ибо Европейский суд по правам человека отказался от своей долголетней воздержанности в данных вопросах: это вызов для всех молодых демократий, в том числе Азербайджана, Армении и Грузии.

<sup>30</sup> Ср. Европейский суд по правам человека, Решение от 21.02.1975, Дело Гольдера, 1975, с. 91 и последующие страницы.

<sup>31</sup> Европейский суд по правам человека, решение от 28.11.1978г., Людеке и другие, Периодическое издание суда 1979 г., 34.

## Вопросы бесплатной юридической помощи в международном праве и практика иностранных государств

*Право на пользование бесплатной юридической помощью составляет неотъемлемую составную часть права на обеспечение справедливого правосудия, гарантированного международным правом и закрепленного во внутригосударственном законодательстве. Но далеко не все люди и не всегда имеют возможность обратиться в суд и защищать свои права в судебном порядке.*

*В связи с этим в настоящей статье проанализированы проблемы и практика зарубежных стран в сфере международно-правового регулирования бесплатной юридической помощи, рассмотрены современное состояние этих проблем, вопросы оплаты труда адвокатов и совершенствования системы оказания такой помощи.*

### I. Введение

В большинстве государств доступ к правосудию является одним из основных прав человека, гарантируемых как международно-правовыми нормами, так и конституцией. Одним из наиболее существенных аспектов доступа к правосудию является право на получение квалифицированной юридической помощи, которое гарантируется всем и каждому, в том числе лицам, не имеющим возможности оплатить такую помощь.<sup>2</sup> Развитие такой юридической помощи и активное участие государств в этом деле привели к изменению содержания такого права, формированию института бесплатной юридической помощи. Если изначально основное внимание обращалось на предоставление бесплатной юридической помощи в уголовном правосудии, то в последующем сфера действия этого права стала расширяться, бесплатная юридическая помощь распространилась и на другие категории дел<sup>3</sup>. Постепенно основное внимание было направлено не только на представление интересов

граждан в судебном процессе, но и на оказание юридической помощи на стадиях досудебного или внесудебного разбирательства.

### II. Вопросы бесплатной юридической помощи в международном праве

Как писал известный американский юрист Форер, «Право народа на доступ к судам нельзя представить себе на таком же уровне, как право на труд, образование, жилье и т. д., потому что правосудие является основой политической системы в любой стране»<sup>4</sup>. На международном уровне этот принцип впервые упоминается в статье 10 Всеобщей декларации ООН о правах человека: «Каждый человек для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения имеет право на основе полного равенства на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом». Кроме того, в соответствии со статьей 8 упомянутой Декларации, «Каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом».

В соответствии со статьей 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, все лица равны перед судами и трибуналами. Каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения на основе полного равенства быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом таком случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточных средств для оплаты этого защитника.

Эти международные нормы более подробно рассмотрены также в «Основных положениях о роли адвокатов», одобренных 45-й сессией Генеральной Ассамблеи ООН и принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. В разделах упомянутого акта «Основные принципы относительно роли адвокатов» и «Особые гарантии в сфере уголовного процесса» отражены следующие положения:

- государства должны выделять достаточные финансовые средства и иные ресурсы на оказание юридической помощи бедным, а при необходимости и другим лицам, находящимся в неблагоприятном положении;

<sup>1</sup> Доктор философии юридических наук, доцент, преподаватель кафедры «Международное Публичное Право» Бакинского Государственного Университета.

<sup>2</sup> Предоставление бесплатной юридической помощи в Российской Федерации: законодательство и практика. Под общей редакцией Н.М.Кипниса и М.А.Краснова. М., Фонд ИНДЕМ. 2005, с.6.

<sup>3</sup> Международный опыт в сфере оказания бесплатной юридической помощи. М., Институт права общественных интересов, 2008, с.3.

<sup>4</sup> Forer L. G. Money and Justice. New York; London, 1984, p.25.

- профессиональные ассоциации адвокатов призваны участвовать в организации и предоставлении этих услуг, материальных средств и иных ресурсов;
- государства и профессиональные ассоциации адвокатов должны содействовать программам информирования общественности о законных правах и обязанностях граждан и о важной роли адвокатов в обеспечении основных свобод;
- в неблагоприятном положении лицам с тем, чтобы дать им возможность отстаивать свои права и при необходимости прибегать к помощи адвокатов;
- государства должны гарантировать любому лицу, что сразу после ареста, задержания или предъявления обвинения в преступлении оно будет информировано компетентной властью о своем праве на помощь со стороны выбранного им самим адвоката;
- любое такое лицо, не имеющее своего адвоката, во всех случаях, когда этого требуют интересы правосудия, имеет право на то, чтобы ему был выделен адвокат с опытом и квалификацией, соответствующими характеру обвинения, в целях оказания этому лицу эффективной юридической помощи. Если это лицо не располагает средствами для оплаты услуг адвоката, оно освобождается от платы;
- государства также должны гарантировать всем лицам, подвергнутым аресту или задержанию, с предъявлением уголовного обвинения или без такового, что они будут иметь право срочно связаться с адвокатом, причем срок с момента ареста или задержания до первого контакта с адвокатом не должен ни при каких обстоятельствах превышать сорока восьми часов;
- любое лицо, подвергнутое аресту, задержанию или заключению, должно иметь достаточно возможностей, времени и необходимых удобств для свиданий, общения и консультаций с адвокатом без задержек, помех и контроля (цензуры) и в условиях полной конфиденциальности. Такие свидания могут происходить под визуальным наблюдением должностных лиц правоохранительных органов, но без прослушивания с их стороны<sup>5</sup>.

Право на бесплатную юридическую помощь рассмотрено также в рамках Европейского Союза. В частности, в соответствии со статьей 47 Хартии Европейского Союза об основных правах, принятой в 2000 году в Ницце, каждое лицо вправе прибегать к помощи адвоката, защитника и назначить своего представителя.

Вопрос об оказании бесплатной юридической помощи малоимущим группам населения более подробно рассмотрен также в Рекомендации Комитета министров Совета Европы № R (93) 1 от 8 января 1993 года «Об эффективном доступе к закону и правосудию для беднейших слоев населения». В этом документе государствам рекомендуется развивать услуги юридической консультации малоимущим группам населения для защиты их прав.

Позже тот же принцип был закреплен в статье 6 Европейской конвенции по правам человека. В соответствии с этой статьей, каждый имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему, на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет право защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг защитника, иметь назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия.

Как видно из текста положений этой статьи, при назначении юриста с целью оказания бесплатной юридической помощи обвиняемому судья должен учитывать два обстоятельства: а) если заинтересованное лицо не имеет достаточных средств для оплаты услуг защитника, б) если предоставление таких услуг необходимо в интересах справедливого судебного разбирательства. При определении интересов суда принимаются во внимание все обстоятельства инцидента. В этом случае основными критериями должны служить степень тяжести преступления и наказания, сложность уголовного дела, личность правонарушителя<sup>6</sup>.

Европейский Суд неоднократно заявлял, что для выполнения требований статьи 6 Конвенции недостаточно лишь назначение адвоката, поскольку в этой статье речь идет не о формальном назначении, а о реальном праве на защиту. Кроме того, Европейский суд в ряде своих решений установил, на каких именно стадиях уголовного разбирательства следует применять положения статьи 6 Конвенции. По мнению суда, они начинаются с момента предъявления уголовного обвинения и распространяются не только на этапы предварительного расследования и рассмотрения дел в суде первой инстанции, но и на этапы пересмотра дел. При этом должны быть приняты во внимание общее число слушаний, законодательные и практические функции суда, пересматривающего дело, полно-

<sup>5</sup> Международное публичное право. Сборник документов. Под ред. К.А. Бекяшева, А.Г. Ходакова. М., «БЕК», 1996, с.126-129.

<sup>6</sup> Комментарий к Конвенции о защите прав и основных свобод человека и практике ее применения / Под общ. ред. В. А. Туманова и Л. М. Энтина. М., Изд-во НОРМА, 2002, с.94.

мочия и методы, посредством которых осуществляются представительство и защита интересов сторон<sup>7</sup>.

Кроме того, Европейский суд, ссылаясь на решение от 9 октября 1979 года по иску Эйри против Ирландии, отметил, что п.1 статьи 6 может в некоторых случаях понуждать государство предоставлять помощь адвоката, когда она необходима для обеспечения реального доступа к правосудию либо по причине того, что по определенным категориям дел юридическое представительство является обязательным согласно внутреннему законодательству некоторых государств-участников, или в силу сложности процесса.

Государства, учитывая, что деятельность по оказанию бесплатной юридической помощи разными правовыми обществами ограничена недостатком их собственных ресурсов для удовлетворения растущего спроса на бесплатную юридическую помощь, берут на себя международно-правовые обязательства по финансированию и организации программ бесплатной юридической помощи и осуществляют определенные меры. В частности, уже в 20 веке содержание права на бесплатную юридическую помощь и формы ее реализации стали постепенно развиваться в Европе и ряде других регионов мира.

Для того чтобы на равных основаниях обеспечить каждого нуждающегося квалифицированной юридической помощью, многие государства, взяв на себя международно-правовые обязательства по оплате таких услуг, либо устанавливают пониженные ставки по оплате юридической помощи, либо создают формально независимые, а фактически тесно связанные с правительством специализированные системы субсидируемой правовой помощи<sup>8</sup>.

### III. Вопросы бесплатной юридической помощи в практике иностранных государств

Целесообразно рассмотреть системы бесплатной юридической помощи в законодательствах Соединенных Штатов, Франции, Германии, Великобритании, Финляндии, Греции, Нидерландов, Турции, Израиля, Южно-Африканской Республики (ЮАР), а также в законодательствах постсоветских стран – России, Молдовы и Грузии.

#### 1. США

В Соединенных Штатах существует институт бесплатной юридической помощи, сформировавшийся на основе судебного прецедентного права и практики. Учитывая тот факт, что в США около 80% лиц, обвиняемых в совершении тяжких преступлений, в

силу своего финансового положения не могут позволить себе нанять адвоката-защитника, в стране существуют три формы бесплатного предоставления услуг защитника: (1) адвокаты-защитники по назначению; (2) адвокаты-защитники по контракту; (3) ведомство публичных защитников (адвокатов).<sup>9</sup>

Программы адвокатов-защитников по назначению чаще всего создаются в муниципальных образованиях, которые недостаточно велики, чтобы обзавестись самостоятельным ведомством публичных защитников. В этом случае местные органы составляют список частнопрактикующих адвокатов, которые готовы обеспечить защиту прав уязвимых групп населения. Отбор адвоката для конкретного дела производится судом либо на основе одноразового назначения, либо путем выбора судьей адвоката из соответствующего списка. Оплата услуг адвоката производится через суд из федерального бюджета или бюджета штата.

Программы адвокатов по контракту обеспечивают участие в процессе частнопрактикующего адвоката, который заключает контракт с местной властью о выплате гонораров на заранее оговоренную сумму. Если количество малоимущих клиентов превышает оговоренное контрактом, стороны данного контракта могут заключить новый контракт или внести изменения в старый. Следует отметить, что Американская ассоциация юристов разработала рекомендации по заключению таких контрактов в целях обеспечения высокого уровня представительства и полного изложения прав и обязанностей сторон<sup>10</sup>.

Ведомство публичных защитников обеспечивает оказание юридической помощи большинству малоимущих обвиняемых по уголовным делам. Такие ведомства создаются местными органами власти (в разных штатах разными): городским советом, муниципалитетом, мэрией и т.п., которые курируют деятельность этого ведомства, но не вмешиваются в его повседневную работу. В некоторых юрисдикциях ведомство публичных защитников входит в структуру местного органа власти, и адвокаты-сотрудники ведомства формально считаются государственными служащими<sup>11</sup>.

В отдельных крупных городах (например, в Нью-Йорке) на контрактной основе с городской властью создаются организации по оказанию бесплатной юридической помощи, имеющие статус частных некоммерческих корпораций. Такие корпорации также финансируются из бюджета штата и/или муниципа-

<sup>9</sup> Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации. Серия «Высшее образование», Ростов на Дону, «Феникс», 2004, с.208.

<sup>10</sup> Практикум по адвокатуре. Ред. И.Алиев. Баку, "GISO industry", 2008, с.624-625.

<sup>11</sup> Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации. Серия «Высшее образование», Ростов на Дону, «Феникс», 2004, с.208-209.

<sup>7</sup> Monnell and Morris v. U.K., Series A, № 115, 02.03.1987, p.56.

<sup>8</sup> Европейский форум по доступу к правосудию. Часть пятая. Будапешт, 2002. с. 458.

литета; они могут получать и благотворительные пожертвования. Несмотря на государственное финансирование, такие ведомства и корпорации не зависят от властей. В одном таком учреждении общественных защитников может работать от 1 до 100 адвокатов. В большинстве таких организаций адвокатам запрещено заниматься другой работой с тем, чтобы они тратили все свое время на защиту лиц с низкими доходами.

В дополнение к вышесказанному следует отметить, что в США существуют финансируемые из федерального бюджета программы и учреждения юридической помощи малообеспеченным семьям. Эти организации и программы появились в 1960-х годах как часть политики правительства, направленной на сокращение бедности.

Начиная с 1970-х годов в США появились новая форма адвокатуры – адвокатские конторы, призванные защищать интересы общества офисов народного защитника (*pro bono publico law firms*). Эти конторы ведут дела индивидуальных клиентов, возбуждают иски против государства и корпораций, связанные с охраной окружающей среды и здоровья населения (например, в отношении компаний, загрязняющих окружающую среду, или против строительства атомных электростанций), и защитой интересов больших групп людей (потребителей, политических деятелей, избирателей, налогоплательщиков и др.). Кроме того, иногда крупные юридические фирмы добровольно берут на себя работу по бесплатной защите прав бедных<sup>12</sup>.

## 2. Германия

В Германии существует система бесплатной юридической помощи малообеспеченным слоям населения, являющаяся одним из важных элементов правосудия. Согласно этой системе, юридическая помощь может быть бесплатной только по отношению к клиенту: в данном случае гонорар адвоката за оказанные им юридические услуги оплачивается за счет государства, то есть за счет средств казны соответствующей земли, или за счет средств общего бюджета государства. Сумма гонораров, подлежащая выплате по гражданским делам, составляет 30%, а по уголовным делам – 25% от минимальной суммы, установленной в соответствии с федеральными нормами. В последнем случае сумма гонорара может быть увеличена в зависимости от объема уголовного дела.

Согласно немецкому законодательству, для предоставления бесплатной юридической помощи требуется выполнение двух обязательных условий. Во-первых, участие адвоката в конкретном деле является обязательным условием. Перечень случаев, когда

участие адвоката в деле является обязательным, установлен немецким гражданско-процессуальным и уголовно-процессуальным законодательством. Вторым условием является то, что человек на самом деле не имеет возможности оплатить юридическую помощь. Согласно немецкому законодательству, вопрос о наличии условий, необходимых для предоставления бесплатной юридической помощи по конкретному делу, должен решить соответствующий суд. Как правило, вопрос о предоставлении бесплатной юридической помощи решается судом до начала судебного разбирательства.

В Германии эта деятельность осуществляется центрами юридической помощи с привлечением юристов и адвокатов на основе процессуального и специального законодательства. Юридическая помощь малообеспеченным физическим лицам по гражданским, уголовным и административным делам, трудовым спорам и вопросам социального обеспечения состоит в письменных и устных консультациях, составлении жалоб, заявлений и других документов правового характера, в представлении законных интересов граждан в муниципалитетах и других органах исполнительной власти (Примечание: бесплатная юридическая помощь по вопросам налогообложения не оказывается). Юридическая помощь оказывается по заявлению лица, представившего декларацию о собственных доходах и имуществе, подтверждающую его малообеспеченность.

## 3. Франция

Во Франции институт оказания бесплатной юридической помощи достаточно широко распространен, и французские адвокаты тратят очень много времени на оказание бесплатной юридической помощи населению. Например, в Париже ежегодно около 27 тысяч человек пользуется бесплатной юридической помощью. В то же время ситуацию с предоставлением бесплатной юридической помощи характеризует тот факт, что 12 декабря 2001 г. во Франции более 35 тысяч адвокатов провели общенациональную забастовку. Основное требование бастующих адвокатов – увеличение субсидий на судебную защиту малоимущих граждан. В качестве главного аргумента французские адвокаты приводят тот факт, что Великобритания выделяет в десять раз больше субсидий на юридическую помощь бедным. В результате такого положения дел бесплатная юридическая защита становится малодоступной<sup>13</sup>.

До реформ 1972 года самым серьезным недостатком этого института во Франции было отсутствие пропорции между финансовым положением клиен-

<sup>12</sup> Практикум по адвокатуре. Ред. И.Алиев. Баку, "GISO industry", 2008, с.626-627.

<sup>13</sup> Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие. Под общ. ред. канд. юр. наук В.Н. Буробина. Изд. 2-е, перераб. и допол. М., «ИНФ «ЭНМОС», 2003, с.229-230.



та и формой оказания ему бесплатной юридической помощи. После этих реформ форма предоставления правовой помощи определяется в зависимости от финансового положения клиента, который частично освобождается от уплаты судебных расходов. Это помогает различать тех клиентов, которые настолько бедны, что не в состоянии оплатить хотя бы часть судебных расходов, и тех клиентов, которые не настолько богаты, чтобы иметь возможность оплатить все процессуальные расходы, и способствует оказанию им юридической помощи.

#### 4. Великобритания

В Великобритании в 1945 г. была учреждена Служба юридической помощи малоимущим, а в 1950 г. создана система юридической помощи. До этого времени бесплатная юридическая помощь оказывалась дежурными частнопрактикующими адвокатами (солиситорами). Их работа оплачивалась правительством из специальных фондов. К 1972 г. в Англии сложились существующие до сих пор три системы предоставления юридической помощи: 1) бесплатная консультация и содействие; 2) представительство по гражданским делам; 3) защита в уголовном процессе<sup>14</sup>.

До 1987 года системой бесплатной юридической помощи управляло Правовое общество (общество квалифицированных юристов), затем – Совет по юридической помощи, а с 2000 года – Комиссия по юридической помощи, действующая независимо от правительства. Правовая помощь оказывается, в основном, частнопрактикующими адвокатами (Службой по гражданским делам и Службой защиты по уголовным делам). Доминирование юристов, занимающихся частной практикой, является главной особенностью британской системы.

#### 5. Финляндия

В Финляндии эта услуга осуществляется специальными Бюро юридической помощи, деятельность которых регулируется отдельным законом. Занимаются этой деятельностью юристы и адвокаты. Правовая помощь оказывается в форме устных юридических консультации по любым отраслям права, а также в форме представительства в судах и различных государственных учреждениях. Бесплатной юридической помощью могут воспользоваться лица с низкими доходами, а также, в некоторых случаях, юридические лица, представившие декларации о своих доходах. Годовая норма доходов граждан определяется на основе решения Совета.

<sup>14</sup> Апарова Т.В. Организация и функции адвокатуры в зарубежных странах. Правовая помощь малоимущим. Отв. ред. Решетников Ф.М. М., 1991, с.56-58.

#### 6. Греция

В Греции ответственность за сферы оказания юридической помощи несет Коллегия адвокатов, действующая на основе специального (особого) законодательства. При этом, наряду с адвокатами, оказанием юридической помощи занимаются также государственные обвинители. Деятельность государственных обвинителей в сфере оказания юридической помощи заключается в предоставлении прокурорских консультаций лицам, осужденным по уголовным делам, а также заинтересованным малообеспеченным сторонам. Правовая помощь оказывается по уголовным, гражданским делам и некоторым коммерческим вопросам. Оказание подобной юридической помощи лицам, годовой доход которых меньше 2/3 суммы годового дохода на одного человека, установленного Генеральным коллективным трудовым договором, осуществляется на основе обращения этих лиц с заявлением в территориальные бюро адвокатов.

#### 7. Нидерланды

В Нидерландах создание оптимальной системы предоставления социальных услуг, начавшееся в 50-х годах прошлого столетия и достигшее своего пика к 1970 г., привело к созданию так называемой «социальной адвокатуры», в которой насчитывалось: 90 центров юридической помощи (существуют с 1948 г.); свыше 50 добровольческих «юридических магазинов» (существуют с 1969 г.); 20 бюро юридической помощи (существуют с 1974 г.)<sup>15</sup>. Нидерландская модель оказания юридической помощи – это смешанная система, сочетающая модель оказания помощи частными адвокатами и модель оказания помощи адвокатами бюро юридической помощи<sup>16</sup>. В этой стране ответственность за оказание бесплатной юридической помощи несут Совет юридической помощи и Бюро юридической помощи. Лица, желающие работать в этих Бюро, должны отвечать ряду требований: участвовать в определенном количестве дел, пройти обучение, иметь специальную квалификацию для участия в качестве дежурных адвокатов. Юристы и адвокаты дают устные юридические консультации по всем отраслям права, осуществляют представительство в судах и разных государственных учреждениях. Здесь так же, как и в Финляндии, юридические услуги лицам с низким уровнем доходов, а в некоторых случаях и юридическим лицам, оказываются на основании

<sup>15</sup> Голландская правовая культура. Отв. ред. В.В. Бойцова и Л.В. Бойцова. М., «Легат», 1998, с. 115-117.

<sup>16</sup> Питер Ван ден Биггелаар. Система юридической помощи в Нидерландах. Доступ к правосудию. Проблемы бесплатной юридической помощи в странах Центральной и Восточной Европы. Инициатива «Право общественных интересов», Будапештский правовой центр Колумбийского университета. 2002, с.503-505.

представленной справки за подписью председателя муниципалитета по месту жительства лица, нуждающегося в такой помощи, об его доходах и имущественном положении. Эта справка должна быть представлена в бюро правовой помощи самим лицом, нуждающимся в такой помощи. Законом о юридической помощи предусмотрено оказание трех видов юридической помощи: бесплатные получасовые консультации для любого гражданина по правовым вопросам любого характера, осуществляемые штатными юристами центров юридической помощи и консультаций; расширенные консультации (более получаса, но не более трех часов) в случаях, если юридическая проблема может быть решена сравнительно быстро. При этом клиент должен внести оплату и представить информацию о своих доходах, а Совет – проверить эти сведения; процедура сертификатов, применяемая для долгосрочной юридической помощи (от трех часов и более), которая предоставляется адвокатами из центров или частнопрактикующими юристами, работа которых оплачивается Советом.

### 8. Турция

В Турции структурами, которые несут ответственность за предоставление юридической помощи, являются Министерство юстиции, Коллегия адвокатов и Региональный офис адвокатов, а юридическую помощь оказывают юристы, адвокаты и адвокаты-стажеры. Юридическая помощь оказывается во время производства по гражданским и уголовным делам и при представительстве в суде. Юридическая помощь оказывается на основании справки за подписью председателя муниципалитета, подтверждающей малообеспеченность данного лица. В этой справке отражаются сведения о сумме налогов, уплаченных государству данным лицом, о его семейном состоянии, об имущественном положении и т.д. Оказание юридической помощи осуществляется на основании соответствующих инструкций Коллегией адвокатов Турции, а также уголовного и гражданского законодательства.

### 9. Израиль

Система юридической помощи в Израиле действует с 1972 года в связи с принятием Закона «О предоставлении юридической помощи по гражданским делам». В 1995 году, в соответствии с законом «Об общественных защитниках», были созданы Бюро общественных защитников, действующее в качестве структурного подразделения Министерства юстиции, и Совет общественных защитников, состоящий из пяти членов<sup>17</sup>. В Израиле действует смешанная

модель бесплатной юридической помощи, то есть оказание юридической помощи осуществляется как государственными защитниками, являющимися государственными чиновниками, так и частнопрактикующими адвокатами, работающими по контракту с Бюро государственных защитников и обеспечивающими защиту лиц с низким уровнем доходов.

### 10. ЮАР

Южно-Африканская Республика, считающаяся одной из развитых стран африканского континента, также является одной из первых стран, где впервые было учреждено государственное адвокатское бюро (Йоханнесбург, 1937). Позже, в 1969 году, здесь был создан независимый от государства орган, – Совет по юридической помощи, действующий в соответствии с Законом о юридической помощи. Основной задачей Совета является обеспечение юридической помощи для лиц с низкими доходами. В системе юридической помощи ЮАР применяются следующие модели: общественные защитники (адвокаты и адвокаты-стажеры), получающие твердо установленную заработную плату; частные адвокаты, назначенные на основании соответствующих списков и получающие твердо установленную заработную плату; первичная юридическая помощь, предоставляемая сотрудниками служб юридической помощи в судах; юридические клиники, центры правосудия, в том числе частные юридические фирмы, работающие по контрактам с юристами-консультантами, пункты юридической консультации<sup>18</sup>. Опыт Африки показывает, что расходы, выделяемые на государственных защитников, на 40% ниже суммы средств, выделяемых на частных адвокатов.

### 11. Россия

В России существует несколько иная система юридической помощи, регулируемая специальным законодательством. В этой стране деятельностью по оказанию юридической помощи занимаются центральные и местные органы исполнительной власти и их подразделения, государственные юридические бюро, органы управления внебюджетными государственными фондами и др. Юридическая помощь оказывается адвокатами и лицами, имеющими высшее юридическое образование. Юридическая помощь, оказываемая этими лицами, состоит в письменных и устных консультациях, составлении жалоб, заявлений и дру-

соблюдения прав человека. Правовые инициативы. 2004, с.59.

<sup>18</sup> Дэвид Маккуойд-Мэйсон. Совет по юридической помощи и услуги по оказанию юридической помощи в Южной Африке. Доступ к правосудию. Проблемы бесплатной юридической помощи в странах Центральной и Восточной Европы. Инициатива «Право общественных интересов», Будапештский правовой центр Колумбийского университета. 2002, с.517-518.

<sup>17</sup> Хакохем Моше. Создание в Израиле правовой системы предоставления юридической помощи, основанной на принципе

гих документов правового характера, представлении законных интересов граждан в судах, муниципалитетах и других органах исполнительной власти. Юридическая помощь в этой стране оказывается гражданам, доходы которых меньше прожиточного минимума на душу населения, инвалидам I и II групп, ветеранам Великой Отечественной войны, Национальным Героям и Героям Советского Союза, детям-инвалидам и детям-сиротам, пожилым людям, несовершеннолетним, содержащимся в исправительных учреждениях, и другим лицам на основании их заявлений.

## 12. Молдова

В Молдове юридическая помощь регулируется процессуальным и специальным законодательством. Контроль за этой деятельностью осуществляется адвокатами, общественными адвокатами и юристами посредством Министерства юстиции, Коллегии адвокатов и Национального совета по юридической помощи и его территориальных бюро. Правовая помощь состоит в предоставлении письменных и устных консультаций по уголовным, гражданским, административным делам и другим областям права, составлении жалоб, заявлений и других документов правового характера, в представлении законных интересов граждан в судах, муниципалитетах и других органах исполнительной власти. Такой правовой помощью могут пользоваться малообеспеченные физические лица, лица, обвиняемые по уголовным и административным делам, и другие. Оказание юридической помощи осуществляется на основании заявления или устного обращения в соответствии с представленной декларацией о доходах и имуществе такого лица (при этом учитываются доходы лица за последние 6 месяцев).

## 13. Грузия.

В Грузии действуют Служба юридической помощи при Министерстве исправительной службы и юридической помощи, а также бюро юридической помощи, несущие ответственность за оказание юридической помощи. Эта деятельность регулируется отдельным законом. Правовая помощь оказывается юристами и адвокатами. К формам оказания юридической помощи относятся: составление документов правового характера, защита прав лиц, обвиняемых в совершении преступления или осужденных за преступления, защита пострадавших в результате преступления, представление лиц в судах по гражданским и административным делам. Юридическая помощь предоставляется малообеспеченным лицам. При этом для определения малообеспеченности лица бюро юридической помощи направляет запрос в соответствующий орган исполнительной власти.

## IV. Заключение

Практика предоставления субсидируемой правовой помощи в рассмотренных нами странах показывает, что эффективность правовой помощи достигается в том случае, когда функции организации, контроля и координации такой помощи сосредоточены в одном независимом органе. В зарубежных странах наиболее широко распространенными механизмами организации юридической помощи являются комиссии, бюро, советы и центры, выполняющие общие административные (управленческие) функции по вопросам бесплатной юридической помощи. Эти структуры, как правило, считаются государственными органами и работают под эгидой министерств юстиции.

Наринэ Алексанян<sup>1</sup>

## Право на справедливое судебное разбирательство в прецедентном праве конституционного суда Республики Армения

### I. Введение

*Право на справедливое судебное разбирательство является одним из основополагающих прав, которое должно быть действительно доступно каждому. Оно признано и гарантируется конституционным правом и международным правом в области прав человека, которые направлены на защиту личности от неправомерного и произвольного ограничения или лишения других основных прав и свобод, а также гарантию действенного восстановления нарушенных прав и свобод. Оценка справедливости судебного разбирательства зависит от различных требований и стандартов. Право на справедливое судебное разбирательство включает в себя многочисленные производные права, которые касаются досудебных прав, прав в течение слушания дела в суде и прав по окончании судебного разбирательства. Данная статья рассматривает правовые позиции Конституционного Суда РА по основополагающему праву на справедливое судебное разбирательство, понимание и компоненты данного права.*

### II. Конституционное понимание понятия права на справедливое судебное разбирательство и его компоненты

Право каждого на справедливое судебное разбирательство предусмотрено статьей 19 Конституции РА, которая гласит: “Каждый для восстановления своих нарушенных прав, а также выяснения обоснованности предъявленного ему обвинения имеет право на публичное рассмотрение своего дела в разумные сроки независимым и беспристрастным судом в условиях равенства, с соблюдением всех требований справедливости”.

Правовое значение статьи 19 Конституции РА может быть надлежащим образом понято при его ана-

лизе в системной взаимосвязи с другими статьями Конституции. Статья 19 непосредственно связана со статьей 18 Конституции РА,<sup>2</sup> что также подтверждается тем фактом, что Конституционный Суд РА ссылается на данные статьи в качестве единого правового явления. В частности, оно касается права на доступность суда в качестве элемента права на справедливое судебное разбирательство, а конституционное обоснование одновременно предусмотрено в статьях 18 и 19. Однако, конституционное регулирование в статье 19 является сущностью права на справедливое судебное разбирательство, поскольку, во-первых, оно устанавливает рамки правоприменения данного права, а во-вторых, формирует общие гарантии для его осуществления.<sup>3</sup>

Рамки осуществления права на справедливое судебное разбирательство состоят из двух аспектов: восстановление нарушенных **прав** и установление обоснованности уголовного обвинения против данного лица. Данные понятия имеют автономное конституционно значение, а раскрытие их содержания должно скорее основываться на критериях, установленных в международном праве в области прав человека, чем во внутригосударственном законодательстве.<sup>4</sup>

### III. Правовые позиции Конституционного Суда в вопросе понимания права на справедливое судебное разбирательство

Конституционное значение права на справедливое судебное разбирательство раскрывается в решениях Конституционного Суда. Несмотря на то что Конституционный Суд РА неправомочен непосредственно комментировать конституционные положения на основании априорного конституционного судебного контроля, Суд толкует содержание указанной статьи в многочисленных решениях, касающихся конститу-

<sup>1</sup> Главный специалист Конституционного Суда РА, канд юрид. наук

<sup>2</sup> Статья 18 Конституции РА гласит: “Каждый имеет право на эффективные средства правовой защиты своих прав и свобод в судебных, а также иных государственных органах. Каждый имеет право на защиту своих прав и свобод всеми средствами, не запрещенными законом. Каждый имеет право для защиты своих прав и свобод получать содействие Защитника прав человека по основаниям и в порядке, которые установлены законом. Каждый в соответствии с международными договорами Республики Армения имеет право обращаться с просьбой о защите своих прав и свобод в международные органы по защите прав и свобод человека”.

<sup>3</sup> Комментарий к Конституции Республики Армения. Под общей редакцией Г. Арутюняна, А. Вагаршяна, Ереван: изд. “Иравунк”, 2010, с. 222, <http://concourt.am/armenian/library/cclibrary/2010/sahmanadrakan2010.pdf>

<sup>4</sup> Комментарий к Конституции Республики Армения. Под общей редакцией Г. Арутюняна, А. Вагаршяна, Ереван: изд. “Иравунк”, 2010, с. 223, <http://concourt.am/armenian/library/cclibrary/2010/sahmanadrakan2010.pdf>

ционности законодательных актов. В частности, Суд обращается к вопросу основной сущности права на справедливое судебное разбирательство в ПКС-701 от 24-го июля 2007 г., ПКС-765 от 8-го октября 2008 г., ПКС-787 от 3-го февраля 2009 г., ПКС-832 от 22-го сентября 2009 г., ПКС-845 от 8-го декабря 2009 г., ПКС-851 от 14-го января 2010 г., ПКС-896 от 15-го июня 2010 г., ПКС-918 от 28-го сентября 2010 г., ПКС-936 от 8-го февраля 2011 г., ПКС-942 от 22-го февраля 2011 г., ПКС-1004 от 6-го декабря 2011 г., ПКС-1007 от 22-го декабря 2011 г., ПКС-1022 от 18-го апреля 2012 г. и т.д.

Изучение вышеуказанных решений показывает, что Конституционный Суд касается компонентов права на справедливое судебное разбирательство при толковании конституционной статьи и детально излагает значение представленных понятий. В частности, в постановлении ПКС-701 Конституционный Суд установил, что «Статья 19 Конституции требует *inter alia* проведения судебного разбирательства беспристрастным судом в условиях равенства сторон. Когда суд первой инстанции передает дело на дополнительное предварительное расследование, он выходит за рамки своей роли беспристрастности и направляет курс предварительного расследования, таким образом выполняя функцию, несовместимую с отправлением правосудия. Суд первой инстанции также нарушает равенство сторон в пользу обвинения, таким образом нарушая права сторон на эффективные средства правовой защиты и судебную защиту. Суд также подвергается риску нарушения других элементов права на справедливое судебное разбирательство, в частности требование провести рассмотрение дела в разумные сроки».<sup>5</sup>

В ПКС-765 Конституционный Суд устанавливает, что «Суд, принимая во внимание отсутствие различия между адвокатами, аккредитованными в Кассационном суде, и остальными адвокатами с точки зрения их профессионализма и опыта, а также тот факт, что в случае обращения в Кассационный суд право каждого на бесплатную юридическую помощь законодательно не гарантируется, непринятие на рассмотрение Кассационным судом большого количества кассационных жалоб, подготовленных даже аккредитованными адвокатами, ограниченное число аккредитованных адвокатов и их право отказать в подготовке кассационной жалобы, исходя из коммерческого характера их деятельности, установил, что справедливое равновесие между требованием представлять кассационную жалобу в Кассационный суд исключительно через аккредитованного адвоката и целью, которая преследует подготовку кассационных жалоб высоко-

го качества, нарушено в плане того, что нарушается суть доступности Кассационного суда».<sup>6</sup>

В другом постановлении (ПКС-780) Конституционный Суд констатирует, что из сопоставительного анализа данных конституционных положений (статьи 18 и 19 Конституции РА) следует, что хотя решение вопроса о создании Апелляционного суда в рамках административного правосудия оставлено на усмотрение законодателя, тем не менее законодатель, при решении данного вопроса по своему усмотрению, должен руководствоваться необходимостью защиты прав и свобод человека и гражданина, закрепленных Конституцией РА и международными договорами, ратифицированными Республикой Армения, в данном случае необходимостью эффективной защиты права на судебную защиту и одного из важных элементов этого права – эффективного осуществления права на обжалование.<sup>7</sup>

В 8-ом пункте ПКС-787 Конституционный Суд считает, что в случае отдельного представления в Суд требования о восстановлении нарушенных прав, вытекающего из производных правоотношений, то есть направленного на устранение правовых последствий основного правоотношения, Суд на практике лишается возможности вынести справедливое решение относительно данного дела, нарушается право лица на справедливое судебное разбирательство, так как для вынесения справедливого решения Суд вынужден осуществить полное, объективное и всестороннее изучение обстоятельств дела, а для такого изучения Суд должен обратиться к основному правоотношению, однако действующее правовое регулирование не позволяет сделать это, поскольку дело, вытекающее из данного правоотношения, находится в юрисдикции не данного, а другого суда. Конституционный Суд считает данное правовое регулирование основанием для нарушения права на рассмотрение дела в разумные сроки и неэффективным средством правовой защиты, предусмотренного статьями 18 и 19 Конституции РА.<sup>8</sup>

Конституционный Суд в своем постановлении ПКС-832 (пункт 9) обратился к вопросу судебного разбирательства в Кассационном суде и установил следующие условия и требования, одновременное наличие которых может гарантировать право на справедливое судебное разбирательство и право на эффективные средства судебной защиты в процессе кассационного судебного разбирательства:

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда ПКС-701 от 24-го июля 2007 года, [http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english\\_codices/710.htm](http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english_codices/710.htm)

<sup>6</sup> Постановление Конституционного Суда ПКС-765 от 8-го октября 2008 года, [http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english\\_codices/765.htm](http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english_codices/765.htm)

<sup>7</sup> Постановление Конституционного Суда ПКС-780 от 25-го ноября 2008 года, [http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english\\_codices/780.htm](http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english_codices/780.htm)

<sup>8</sup> Пункт 8 Постановления Конституционного Суда ПКС-787 от 3-го февраля 2009 года, <http://concourt.am/english/decisions/common/pdf/787.pdf>

- а) Кассационный суд не рассматривает фактические обстоятельства дела, а согласно своему конституционно-правовому статусу обращается исключительно к вопросам права;
- б) фактические обстоятельства, установленные нижестоящим судом, могут дать Кассационному суду возможность вынести решение, отличное от решения нижестоящего суда;
- в) пересмотр Кассационным судом решения нижестоящего суда должен исходить из интересов эффективности правосудия;
- г) основанием такого решения может служить только нарушение или неправильное применение нижестоящим судом норм материального права.<sup>9</sup>

В постановлении ПКС-845 Суд обратился к принципам представления доказательств и констатировал, что допустимость и приемлемость доказательств преследуют цель исполнения права на справедливое судебное разбирательство и право на рассмотрение дела в разумные сроки, которое является элементом первого. «Во всех случаях, когда суд согласно внутреннему убеждению находит, что доказательства, представленные сторонами, не являются необходимыми для установления фактов, имеющих существенное значение для принятия решения по делу, или они имеют цель доказать факты, которые выходят за рамки данного дела и не имеют отношения к последнему, или представлены доказательства, которые не предусмотрены законом для рассмотрения данного дела, Суд имеет возможность оставить их вне рамок предмета доказательства в соответствии с оспариваемой фразой части 2 статьи 48 Кодекса».<sup>10</sup> Данное полномочие Суда оправданно и исходит из сути права на справедливое судебное разбирательство и его элемента – права на рассмотрение дела в разумные сроки.

В постановлении ПКС-851 Суд признает тот факт, что криминализация того или иного деяния находится в рамках усмотрения законодателя. Вместе с тем, если законодатель определил в Уголовном кодексе то или иное деяние как уголовно наказуемое деяние, то запрет, установленный законом на совершение этого деяния, должен быть установлен для всех возможных субъектов, которые на практике могут совершить данное деяние. В противном случае к находящимся в сравнительно одинаковом положении лицам, посягающим на один и тот же объект, со стороны государства будет проявлено необоснованное дифференцированное отношение, нарушающее конституционный принцип равенства всех перед

законом. Конституционный Суд также находит, что необоснованное ограничение состава субъектов преступления исключает возможность привлечения к уголовной ответственности отдельных лиц, совершивших данное деяние, не обеспечивает защиту ценностей, предусмотренных Конституцией, и не предотвращает данное деяние. С другой стороны, нарушаются принципы права на справедливое судебное разбирательство (предусмотренное статьей 19 Конституции РА), в частности равноправие участников судопроизводства и принцип состязательности судопроизводства, поскольку сторонам не гарантируются равные условия и возможности участия в процессе. В данном случае рассматриваемый вопрос заключается не в неправомерности и неконституционности уголовно наказуемого деяния, заключающегося в откровенно пренебрежительном отношении к суду или порядку судебного заседания, а в нерассмотрении как таковых равноценных действий других участников судопроизводства.<sup>11</sup>

В постановлениях ПКС-690 и ПКС-896 Суд представил правовые позиции, согласно которым законодательство должно недвусмысленно исключить наличие необоснованного решения, поскольку это не соответствует основным принципам правового государства и не может гарантировать право лиц на справедливое судебное разбирательство и эффективную судебную защиту, а также обеспечить эффективное восстановление нарушенных прав.<sup>12</sup>

В ПКС-918 Суд указывает, что оспариваемое положение Судебного кодекса (статья 90, часть 4), которое касается института представления судьей ходатайства о самоотводе, имеет цель гарантировать право на справедливое судебное разбирательство независимым судом в тех случаях, когда сторона имеет обоснованные сомнения в непредвзятости судьи, который рассматривает дело. Регулирование обоснованно, так как обеспечивает возможность обжаловать решение, принятое по ходатайству судьи о самоотводе.<sup>13</sup>

Суд раскрывает содержание конституционного положения о праве на справедливое судебное разбирательство и констатирует:

«...Конституция РА гарантирует:

- право на защиту в суде прав и свобод физических и юридических лиц;

<sup>9</sup> Пункт 9 Постановления Конституционного Суда ПКС-832 от 22-го сентября 2009 года, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2009/pdf/sdv-832.pdf>

<sup>10</sup> Постановление Конституционного Суда ПКС-845 от 8-го декабря 2009 года, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2009/pdf/sdv-845.pdf>

<sup>11</sup> Постановление Конституционного Суда ПКС-851 от 14-го января 2010 года, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-851.pdf>

<sup>12</sup> Постановления Конституционного Суда ПКС-690 от 9-го апреля 2007 года и ПКС-896 от 15 июня 2010 года, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2007/index.htm>, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-896.pdf>

<sup>13</sup> Постановление Конституционного Суда ПКС-918 от 28-го сентября 2010 года, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-918.pdf>

- право на эффективные средства судебной защиты;
- право судебной защиты в условиях равенства с соблюдением всех требований справедливости;
- право на восстановление нарушенных прав независимым и беспристрастным судом в разумные сроки и посредством публичного слушания.

Одновременно, конституционно предусмотрен такой особый институт гарантии судебной защиты (ее эффективности) от нарушения прав и свобод, каковым является право лица на пересмотр судебного акта вышестоящим судом (судебное обжалование, часть 3 статьи 20 Конституции РА). Последнее в вопросе судебной защиты прав лица и осуществления справедливого судебного разбирательства является также первоочередной обязанностью государства – реализовать цели правосудия посредством определенной процедуры, в том числе посредством исправления возможных судебных ошибок.

Возвращаясь к вопросу оценки конституционности оспариваемой по настоящему делу правовой нормы (часть 1 статьи 141 Кодекса административного судопроизводства РА), Конституционный Суд констатирует, что постольку по предмету правового регулирования она призвана регулировать отношения в связи с оспариванием судебных актов, вынесенных Административным судом по делам об оспаривании правомерности нормативных правовых актов в порядке особого административного производства, поскольку связана с основанием судебного обжалования, согласно которому судебные акты, вынесенные по таким делам, могут быть обжалованы только на основании нарушения норм материального права. Таким образом, законодатель исключил возможность обжалования на основании нарушения норм процессуального права судебных актов, вынесенных Административным судом по вышеупомянутым делам, оспаривания их законности в установленном законом порядке, не позволяя лицам полноценно и эффективно реализовывать их конституционное право на судебную защиту по делам об оспаривании нормативных актов государственных органов, органов местного самоуправления и их должностных лиц. Пересмотрев свои правовые позиции, выраженные в вышеупомянутых постановлениях, а также заключения, сделанные в результате обобщения международной правовой практики, Конституционный Суд находит, что положение части 1 статьи 141 Кодекса административного судопроизводства РА, которым полностью исключается возможность обжалования на основании нарушения нормы процессуального права актов Административного суда по делам об оспаривании правомерности нормативных актов, не соответствует конституционным и международным

правовым критериям эффективности правосудия, судебной защиты нарушенных прав и свобод человека, а также реализации права на судебное обжалование. Оно не соответствует также общим концептуальным подходам судебного обжалования, внедренным в правовую систему РА законом».<sup>14</sup>

В постановлении ПКС-942 от 22-го февраля 2011 года Суд ссылается на следующий элемент права на справедливое судебное разбирательство: «Изучение статьи 114 Кодекса административного судопроизводства РА свидетельствует, что она призвана обеспечивать, в частности, реализацию статей 65-68 Кодекса, гарантируя осуществление правосудия в связи с исковыми требованиями, представленными в рамках указанных статей. В частности, пункт 5 части 1 статьи 114 Кодекса системно взаимосвязан с частью 3 статьи 68 Кодекса и призван обеспечивать осуществление права истца на признание неправомерным не имеющего более юридической силы административного акта вмешательства или действия. Между тем, в отличие от части 3 статьи 68 Кодекса, в которой предусмотрена возможность оспаривания, помимо административного акта, также действия административного органа (в рамках вышеуказанных правовых позиций – также бездействия), а также нарушение, в частности, логики правового регулирования статей 1, 3 и 70 Кодекса, статья 114 Кодекса предоставляет административному суду соответствующее полномочие **только касательно административного акта**. В результате, учитывая также, что часть 1 статьи 114 Кодекса касается полномочий Административного суда, и Административный суд в соответствии с требованиями части 2 статьи 5 Конституции РА может действовать только в рамках полномочий, четко установленных Конституцией и законом, Конституционный Суд находит, что указанное положение в части оспаривания действия и бездействия административного органа исключает возможность применения части 3 статьи 68 Кодекса, становясь причиной как нарушения конституционных прав на доступность суда, эффективную судебную защиту и справедливое судебное разбирательство, так и блокирования функции государства по вершению правосудия».<sup>15</sup>

В постановлении ПКС-1022 Суд, повторно подтверждая свою прежнюю правовую позицию, выраженную в ПКС-873, находит, что на стадии принятия иска, в рамках административного правосудия, установление факта нарушения материального права по своей сущности не является критерием приемлемости, подтверждение или отклонение данного факта

<sup>14</sup> Пункты 5 и 7 Постановления Конституционного Суда ПКС-936 от 8-го февраля 2011 года, <http://concourt.am/english/decisions/common/pdf/936.pdf>

<sup>15</sup> Пункт 7 Постановления Конституционного Суда ПКС-942 от 22-го февраля 2011 года, <http://concourt.am/english/decisions/common/pdf/942.pdf>

может быть сделано во время судебного рассмотрения дела по существу, с соблюдением всех требований правосудия и защиты прав сторон, в противном случае право на справедливое судебное разбирательство будет лишено смысла. Следовательно, оспариваемая норма (пункт 4 части 1 статьи 79 Кодекса административного судопроизводства РА) не может быть понята и истолкована как обязанность Административного суда проверить наличие нарушения материального права, поскольку в этом случае решение по приемлемости будет зависеть от вопроса, который должен быть решен во время судебного рассмотрения дела по существу, и доступность Административного суда будет ограничена, что способствует неэффективности средств судебной защиты. На этой стадии задачей Суда является установление того факта, что заинтересованное лицо является обладателем права, которое предположительно было нарушено, а не факта нарушения материального права. Суд обязан ответить на вопрос о наличии или отсутствии факта нарушения материального права в процессе судебного рассмотрения дела по существу. В противном случае отказ в отправлении правосудия приведет к нарушению права на справедливое судебное разбирательство и средства судебной защиты, предусмотренные статьями 18 и 19 Конституции РА.<sup>16</sup>

В исследованных постановлениях прослеживается тот факт, что Конституционный Суд часто ссылается на соответствующее прецедентное право Европейского суда по правам человека, касающееся статьи 6 Конвенции. В целом, правовые позиции Суда в вопросе права на справедливое судебное разбирательство соответствуют прецедентному праву ЕСПЧ, а также исходят из международных обязательств, взятых на себя РА в качестве члена Совета Европы.

#### IV. Заключение

Резюмируя прецедентное право Конституционного Суда в вопросе права на справедливое судебное разбирательство, можно констатировать, что:

1. право на справедливое судебное разбирательство и право на эффективное средство судебной защиты сопряжены и взаимосвязаны;
2. суд раскрывает содержание права на справедливое судебное разбирательство, толкуя такие его элементы, как право на рассмотрение дела в разумные сроки, равенство сторон перед законом, состязательность судебного разбирательства, непредвзятость суда и т.д.;
3. некоторые из элементов, указанных в пункте 2, обычно считаются принципами, гарантия ко-

торых *inter alia* обеспечивает эффективное осуществление права на справедливое судебное разбирательство;

4. Суд считает нарушением права на справедливое судебное разбирательство некоторые процессуальные институты и правовые регулирования, объявляя их неконституционными и не имеющими юридической силы. Примерами таких нарушений являются несоответствующий Конституции институт дополнительного предварительного расследования в рамках уголовного процесса, дифференцированное отношение закона к сторонам судопроизводства при определении рамок субъектов права, несущих ответственность за откровенно пренебрежительное отношение к суду или порядку судебного заседания;
5. Суд считает такие определенные правовые регулирования, как ограничение доступности Кассационного Суда посредством требования представлять кассационную жалобу через аккредитованного адвоката, как понимание и толкование процессуальных норм, которое лишает смысла право на справедливое судебное разбирательство, необоснованными ограничениями права на справедливое судебное разбирательство.

<sup>16</sup> Пункт 8 Постановления Конституционного Суда ПКС-1022 от 17-го апреля 2012 года, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2012/pdf/sdv-1022.pdf>



## Применение статьи 13 в случаях предполагаемых нарушений статей 5 и 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека

(Анализ прецедентного права ЕСПЧ)

### I. Введение

Система Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека (Конвенция)<sup>1</sup> построена на обязательстве, что высокие договаривающиеся стороны обеспечивают каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права, определенные в Конвенции и ее Протоколах.<sup>2</sup> В вопросе принятия решений по искам, касающимся нарушения прав, предусмотренных Конвенцией, роль Европейского суда по правам человека (“Суд” или “ЕСПЧ”) является вторичной по отношению к внутринациональным институтам.<sup>3</sup> Учитывая принципы солидарности и субсидиарности, а также тот факт, что защита прав на внутригосударственном уровне зависит от средств правовой защиты, доступных на данном уровне, удивляет, что в течение многих лет статья 13, которая предусматривает право на эффективное средство правовой защиты в государственном органе, остается “одной из наиболее непонятных статей”<sup>4</sup> Конвенции.<sup>5</sup>

Несмотря на свое центральное место в системе Конвенции, юриспруденция по статье 13 долгое время развивалась слабо, приводя к “к исключительно сложным и запутанным проблемам интерпретации”.<sup>6</sup>

Неточность текста в большой степени способствовала нежеланию Суда детально раскрыть данное право Конвенции.<sup>7</sup> Тем не менее, на протяжении лет, ЕСПЧ пролил свет на некоторые вопросы статьи 13 и проявил возрастающую готовность рассматривать предполагаемые нарушения данной статьи в сочетании с существенными положениями Конвенции.<sup>8</sup> Необходимость уточнить содержание права была частично обусловлена ее “близким родством” с правилом исчерпывания местных средств правовой защиты, которое требует исчерпывания всех эффективных внутригосударственных средств правовой защиты до подачи жалобы в Суд.<sup>9</sup> Правило предполагает обязанность государства обеспечить эффективные, доступные и достаточные местные средства правовой защиты.<sup>10</sup>

Отображение четких контуров общего права на эффективное средство правовой защиты имело, в частности, большое значение в отношении статей 5 и 6, которые сами по себе предусматривают конкретные средства правовой защиты. Поскольку обе данные статьи требуют доступности судебной системы, более ранний подход Суда не считал необходимости принимать решение по жалобе согласно статье 13 по тем делам, в которых поднимались проблемы в рамках любой из этих статей.<sup>11</sup> Тем не менее, данный подход постепенно поменялся на более гибкие позиции и по некоторым делам ЕСПЧ установил нарушение статьи 13 касательно предполагаемых нарушений требований следствия в рамках статьи 5. Более того, после Дела Кудла против Польшы<sup>12</sup> Суд кардинально изменил подход в отношении жалоб по статье 6(1) и по делам, предполагающим нарушение права на судебное разбирательство в разумные сроки в рамках статьи 6(1), рассматривая жалобу в рамках статьи 13 отдельно.<sup>13</sup> Данное изменение было одобрительно встречено и оценено как одно из самых важных разработок, способствующих долгосрочной эффективности европейской надзорной системы.<sup>14</sup>

<sup>1</sup> С изменениями, внесенными Протоколами № 11 и 14, Рим, 4.11.1950

<sup>2</sup> см. ЕКПЧ, статья 1; Jacobs, R White and C Ovey, *The European Convention on Human Rights* (5<sup>th</sup> ed, OUP 2010) 131.

<sup>3</sup> Jacobs et al. (n 3) 84. См. R White, ‘Remedies in a Multi-Level Legal Order: The Strasbourg Court and the UK’ in C Kilpatrick, T Novitz and P Skidmore (eds), *The Future of Remedies in Europe* (Hart Oxford 2000) 192; T Spijkerboer, ‘Subsidiarity and “arguability”: the European Court of Human Rights’ case law on judicial review in asylum cases’ [2009] IJRL 48, 51; P Carozza, ‘Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law’ 97 (2003) AJIL 38, 74-75; High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, *Interlaken Declaration*, 19.02.2010, PP6

<sup>4</sup> См. частично особое мнение судей Матшера и Пинейро Фарина по Делу Малоне против Великобритании, заявл. 8691/79, 2.08.1984

<sup>5</sup> Jacobs et al. (n 3) 84, 131. Несмотря на то что они служат похожим целям, право на средство правовой защиты на внутригосударственном уровне должно отличаться от права на средство правовой защиты на международном уровне, анализ которого находится за рамками данной работы (см. D Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (2<sup>nd</sup> ed, OUP 2005) 22).

<sup>6</sup> См. n 5; White (n 4) 193

<sup>7</sup> См. Jacobs et al. (n 3) 132

<sup>8</sup> *ibid*; White (n 4) 193

<sup>9</sup> См. ECHR Article 35(1); Shelton (n 6) 114; AA C Trindade, ‘Exhaustion of Local Remedies under the UN Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol’ (1979) 28 Int’l & Comp. LQ 734, 755-756.

<sup>10</sup> AA C Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (CUP 1983) 58; Trindade (n 10) 755-756. See *Daddi v Italy*, App 15476/09, Dec. 16.06.2009; *Akdivar and others v Turkey*, App 21893/93, 16.09.1999, paras.65-76; *Aksoy v Turkey*, App 21987/93, 18.12.1996, paras.51-53; *Dogan and others v Turkey*, Apps 8803-8811/02;8813/02;8815-8819/02, 29.06.2004, para.164; Jacobs et al. (n 3) 35; S Djajic, ‘Victims and Promise of Remedies: International Law Fairytale Gone Bad’ 9 San Diego ILJ (2007-2008) 329, 333-334.

<sup>11</sup> D Gomien, *Short Guide to the European Convention on Human Rights* (3<sup>rd</sup> ed, Council of Europe Publishing 2005) 155.

<sup>12</sup> Заявление 30210/96, 26.10.2000.

<sup>13</sup> *Ibid* paras. 146-160.

<sup>14</sup> См. *Proceedings, European Ministerial Conference on Human Rights and Commemorative Ceremony of the 50<sup>th</sup> Anniversary of the European Convention on Human Rights, Rome, 3-4 November 2000* (CoE 2002) 39.

В данной работе ставится цель проанализировать применение статьи 13 при предполагаемых нарушениях статей 5 и 6. В какой степени общая концепция эффективных средств правовой защиты была изменена в этих случаях? Насколько последовательно Суд трактует связь между этими статьями? Может ли компенсация считаться достаточным удовлетворением в контексте отсрочек судебных процессов? Создала ли интерпретация статьи 13 после Дела Кудла другое препятствие для заявителя? Повлияло ли изменение Дела Кудла на взаимосвязь между статьями 5 и 13? Предлагаемая статья обращается к этим вопросам, ссылаясь на прецедентное право ЕСПЧ и научные работы, соответствующие данному направлению юриспруденции.

Несмотря на значимость для всестороннего понимания данного права, эта работа не имеет достаточного объема для раскрытия общей концепции эффективных средств правовой защиты в рамках статьи 13 и соответствующих неясностей толкования, например, в связи с понятием “явно необоснованный” иск или действительность правила совокупности.<sup>15</sup> Также данная работа не рассматривает взаимосвязь статьи 13 с другими статьями Конвенции (за исключением статей 5 и 6), включая проблему требований параллельного расследования в рамках данных статей или “постпроцессуальные”<sup>16</sup> средства правовой защиты в рамках статьи 41-ой.<sup>17</sup> Поскольку фокус работы намного уже, в ней не обсуждается применение статьи 13 в ситуациях грубого и систематического нарушения прав Конвенции.<sup>18</sup> В первой части работы исследуется применение статьи 13 в случаях предполагаемых нарушений статьи 6: здесь рассматривается подход до Дела Кудла и анализируется изменение в результате прецедента. В следующей части анализируется влияние изменения позиции Суда в отношении статьи 6(1) на взаимоотношения между статьями 5 и 13, а также возможные последствия.

В работе дается заключение, что применение статьи 13 при предполагаемых нарушениях статей 5 и 6 было непоследовательным в рамках юриспруденции ЕСПЧ. Несмотря на установление основных принципов, подход Суда к взаимосвязанности этих статей в некоторых контекстах ставит под сомнение общее

понимание концепции. Можно критиковать ЕСПЧ за нежелание уменьшить дискреционное право государства, касающееся формы средств правовой защиты в случаях предполагаемых нарушений права на судебное разбирательство в разумные сроки, а также за ограничение применения статьи 13 только случаями предполагаемых нарушений статьи 5, связанными с делами об исчезновении.

## II. Применение статьи 13 в случаях предполагаемых нарушений статьи 6

### 1. Подход, предшествовавший Делу Кудла, и изменение в результате прецедента

Требование статьи 6(1) судебного разбирательства в разумные сроки ставит целью гарантировать, что в разумные сроки и посредством судебного решения будет положен конец состоянию отсутствия безопасности, в котором находится личность в результате собственной позиции в рамках гражданского законодательства или уголовного обвинения, выдвинутого против него.<sup>19</sup> Гарантия подчеркивает важность отправления правосудия без задержек, которые могут подвергнуть риску эффективность и законность справедливого судебного разбирательства, а также привести к широкомасштабному отказу от последнего.<sup>20</sup> Суд не раз подчеркивал, что Конвенция возлагает на государства ответственность по организации собственных правовых систем, чтобы те позволяли судам обеспечивать соответствие требованиям статьи 6.<sup>21</sup> Тем не менее, в течение многих лет ЕСПЧ проявлял нежелание детально представить вопрос особых коррекционных действиях против неправомерной продолжительности судебного разбирательства.<sup>22</sup>

Суд многократно утверждал, что статья 6 является *lex specialis* по отношению к статье 13 и что требования в рамках последней статьи «менее строгие, чем» и поглощены требованиями статьи 6.<sup>23</sup> Поэтому, если вопрос подпадал под статью 6, Суд не находил необходимым рассматривать предполагаемые нарушения

<sup>15</sup> См. D Harris, M O'Boyle and C Warbrick (eds), *Law of the European Convention on Human Rights* (2<sup>nd</sup> ed, OUP 2009) 561, 567 ff; *Powell and Rayner v UK*, App 9310/81, 21.02.1990, para.33. Cf. *Boyle and Rice v UK*, Apps 9659/82;9658/82, 27.04.1984, para.54. См. также частично особое мнение судей Петтити и Руссо по делу *Леандер против Швеции*, заяв. 9248/81, 26.03.1987

<sup>16</sup> Djajic (n 11) 338.

<sup>17</sup> См. A Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Hart 2004) 7-66.

<sup>18</sup> См. A Reidy, F Hampson and K Boyle, 'Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the Case of Turkey' (1997) 15/2 NQHR 161-173.

<sup>19</sup> N Mole and C Harby, *The Right to a Fair Trial: A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights* (2<sup>nd</sup> ed, Council of Europe Publishing 2006) 25.

<sup>20</sup> *H v. France*, App 10073/82, 24.10.1989, para. 58. See K Drzewicki, 'Improving Domestic Remedies with Particular Emphasis on Cases of Unreasonable Length of Proceedings' in *Reforming the European Convention on Human Rights: A Work in Progress, A Compilation of Publications and Documents Relevant to the Ongoing Reform of the ECHR* (CoE 2009) 85.

<sup>21</sup> Drzewicki (n 21) 88.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> P Dijk, F Hoof, A Rijn and L Zwaak (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4<sup>th</sup> ed, Intersentia 2006) 1017. See *Golder v UK*, App 4451/70, 21.02.1975, para.33; *Kamasinski v Austria*, App 9783/82, 19.12.1989, para.110. See also F Edel, *The Length of Civil and Criminal Proceedings in the Case-law of the European Court of Human Rights* (2<sup>nd</sup> ed, Council of Europe Publishing 2007) 72.

статьи 13 отдельно.<sup>24</sup> Подобным образом и Комитет министров в рамках своих полномочий по надзору за исполнением судебных решений ограничивается выдвиганием к государствам требования проводить «регулярные» исправительные меры.<sup>25</sup> На протяжении лет Суд установил больше нарушений права на судебное разбирательство в разумные сроки в рамках статьи 6(1), чем любой другой статьи Конвенции<sup>26</sup>, а проблема постоянно углублялась,<sup>27</sup> поэтому Суд решил пересмотреть свой подход по отношению к средствам правовой защиты при обвинениях в необоснованной продолжительности судебного разбирательства.<sup>28</sup>

В контексте серьезного накопления дел Суд в корне отошел от ранней юриспруденции в Деле Кудла против Польши,<sup>29</sup> где установил, что «нет повторения и, следовательно, поглощения там...где предполагаемое нарушение Конвенции, которое лицо желает представить на суд «национальных властей», является нарушением права на судебное разбирательство в разумные сроки в противоречии со статьей 6 §1».<sup>30</sup> Суд объяснил отход от прецедента следующим образом:

«Если статья 13...должна толковаться как не имеющая применения к праву на судебное разбирательство в разумные сроки, которое обеспечивается статьей 6 §1, индивиды будут вынуждены систематически обращаться в Суд в Страсбурге с жалобами, которые иначе и, по мнению Суда, более надлежащим образом должны решаться в первую очередь в рамках внутригосударственной правовой системы».<sup>31</sup>

В иных случаях, отличных от чрезмерной продолжительности судебного разбирательства, нарушения статьи 13 поглощаются статьей 6.<sup>32</sup> Судебное реше-

ние, которое Суд последовательно принимал по последующим делам, является одним из самых резких изменений предшествующего прецедентного права, которое имело глубокое влияние на юриспруденцию.<sup>33</sup> Данное явление было определено в качестве примера позитивного обязательства, которое сформировалось исходя из практических нужд самого Суда.<sup>34</sup> После Дела Кудла Комитет министров принял руководящие принципы для усовершенствования внутригосударственных средств правовой защиты и особо обратился к вопросу о средствах правовой защиты против необоснованно долгого судебного разбирательства.<sup>35</sup>

## 2. Концепция эффективного средства правовой защиты после Дела Кудла

В отличие от предшествующего нежелания указывать на какую-либо конкретную форму средства правовой защиты и ссылку на дискреционное право государства,<sup>36</sup> Суд постепенно стал более прямо подходить к вопросу о том, какое средство правовой защиты должно считаться эффективным в понимании статьи 13.<sup>37</sup> В этом отношении Суд установил, что статья 13 предлагает альтернативу: средство правовой защиты эффективно, если оно может быть задействовано либо с целью ускорения принятия решения, либо с целью представления компенсационного средства правовой защиты, обеспечивающего стороне процесса адекватное возмещение за отсрочки, которые уже имели место.<sup>38</sup> Более того, Суд предоставляет государству широкие дискреционные полномочия в плане ор-

<sup>24</sup> Jacobs et al. (n 3) 138.

<sup>25</sup> Drzewicki (n 21) 88. See *Rules adopted by the Committee of Ministers for the application of Article 46, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights*, 10.01.2001, 736th meeting of the Ministers' Deputies.

<sup>26</sup> Harris et al. (n 16) 570.

<sup>27</sup> Drzewicki (n 21) 85, 88; See also O Jacot-Guillarmod, 'Rights Related to Good Administration of Justice (Article 6)' in R. St-J. Macdonald et al. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* (MNP 1993) 394-395.

<sup>28</sup> Drzewicki (n 21) 89.

<sup>29</sup> См. n 13.

<sup>30</sup> Kudla (n 13) para. 147.

<sup>31</sup> ibid para.155.

<sup>32</sup> Jacobs et al. (n 3) 139; *Mihajlovic v Croatia*, App 21752/02, 7.07.2005, para. 49. Данная позиция расходится с подходом Комитета по правам человека ООН, который трактует статью 14 (право на справедливое судебное разбирательство) Международного пакта о гражданских и политических правах (1966) (МПГПП) в качестве *lex specialis* в отношении статьи 2(3) (Правоприменение на внутригосударственном уровне) только как право лица на пересмотр обвинительного приговора и наказания в вышестоящей инстанции, предусмотренной в статье 14(5) (UN Human Rights Committee, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32, para.58; *Terron v Spain*, Communication No 1073/2002, HRC, 5.11.2004, para. 6.6).

<sup>33</sup> Mowbray (n 18) 193, 201. См. также A Mowbray, 'An Examination of the European Court of Human Rights' Approach To Overruling Its Previous Case Law' [2009] HRLR 179,193; Dijk et al. (n 24) 1019; *Vilho Eskelinen and others v Finland*, App 63235/00, 19.04.2007, paras.79-83. Cf *Association Ekin v France*, App 39288/98, 17.07.2001, paras. 73, 75. См. также *Proceedings* (n 15) 39.

<sup>34</sup> Mowbray (n 18) 211.

<sup>35</sup> *Recommendation CM/Rec(2010)3 of the Committee of Ministers to member states on effective remedies for excessive length of proceedings*, Committee of Ministers, 24.02.2010, para. 7; *Recommendation Rec (2004) 6 of the Committee of Ministers to Member States on the Improvement of Domestic Remedies*, Committee of Ministers, 12.05.2004, paras. 20-24.

<sup>36</sup> See ie., *Iovchev v Bulgaria*, App 41211/98, 2.02.2006, paras. 142-143; *Vilvarajah and others v UK*, Apps 13163/87; 13164/87;13165/87;13447/87;13448/87, 30.10.1991, paras. 117-127.

<sup>37</sup> Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), *Study on the Effectiveness of National Remedies in respect of Excessive Length of Proceedings*, CDL-AD(2006)036, 2006, доступно на <http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD%282006%29036-e.pdf>, [стр. смотрелась 28.04.2012] (Study) paras. 89, 91; White (n 4) 196; *Scordino v Italy (No 1)*, App 36813/97, 29.03.2006, para. 183.

<sup>38</sup> См. *Scordino* (n 38) paras. 183, 185, 187; *Mifsud v France* (Dec.), App 57220/00, 11.09.2002, para. 17. See also M O'Boyle in *Reforming the ECHR* (n 20) 97; F Tulkens, 'the Right to a Trial Within A Reasonable Time: Problems and Solutions' in Venice Commission, *Can Excessive Length of Proceedings be Remedied? (Collection Science and Technique of Democracy, No 44 Council of Europe 2007)* 345.

ганизации компенсационного средства правовой защиты в соответствии с собственной правовой системой и традициями, а также совместимого с уровнем жизни в данной стране.<sup>39</sup> Компенсация принимает форму финансового возмещения ущерба (материального и нематериального).<sup>40</sup> Несмотря на то что в ряде стран средства ускоренной правовой защиты сосуществуют с компенсационными, в некоторых из этих стран (например, в Италии) компенсация является единственным средством правовой защиты, к которому может обратиться истец.<sup>41</sup> Принимая во внимание, что средство правовой защиты в контексте чрезмерно долгого судебного разбирательства эффективно «в той степени, в какой оно способствует скорому принятию решения соответствующим судом»,<sup>42</sup> остается проверить, является ли компенсация достаточным возмещением.

Логика Суда в какой-то мере не совсем ясна. Несмотря на то что в качестве адекватного средства правовой защиты по делам, касающимся продолжительности судебного разбирательства, недвусмысленно разрешается компенсация, ЕСПЧ в то же время утверждает, что «Средство правовой защиты, предназначенное для ускорения судебного разбирательства ... является наиболее эффективным решением ... [которое] дает неоспоримое преимущество по сравнению со средством правовой защиты, которое предлагает исключительно компенсацию, поскольку предотвращает обнаружение последующих нарушений, касающихся данной группы судебных разбирательств, и не ограничивается простым возмещением за ущерб *a posteriori*».<sup>43</sup> Кажется, что Суд признает, что пока судебное разбирательство не закончено, компенсация не доходит до сути вопроса и адекватно не исправляет нарушения. Тем не менее, ЕСПЧ не считает это решающим фактором при оценке его эффективности.<sup>44</sup>

В целом, эффективность в рамках статьи 13 означает, что средство правовой защиты должно позволять властям рассматривать сущность жалобы и давать соответствующее решение.<sup>45</sup> Это соответствует основному принципу возмещения, который требует устранения всех последствий противоправного действия и восстановления ситуации, которая, по всей вероятности, существовала бы, если бы

данное действие не было совершено.<sup>46</sup> Это означает, что средство правовой защиты должно быть доступно как для судебных процессов, которые уже завершились, так и для тех, которые еще продолжаются.<sup>47</sup> Поскольку нарушение права на судебное разбирательство в разумные сроки является непрекращающимся, предоставление материальной компенсации за необоснованную отсрочку, которая уже произошла, не исключает возможности новой необоснованной отсрочки, поэтому предотвращение и окончательное устранение необоснованных отсрочек остается важной задачей даже после того, как прошлое судебное разбирательство было компенсировано.<sup>48</sup> Поскольку компенсация неспособна восстановить или заменить нарушенные права, она «неизбежно является вторым наилучшим ответом, который вступает в действие, когда полная ректификация невозможна».<sup>49</sup>

Можно провести параллель с позицией Комитета ООН по правам человека, который четко указал, что «Простая возможность получения компенсации после и независимо от судебного процесса, который был необоснованно затянута, не является эффективным средством правовой защиты».<sup>50</sup> Комитет считает компенсацию частью эффективного средства правовой защиты наряду с превентивными мерами.<sup>51</sup> Венецианская комиссия также высказала мнение, что присуждение материальной компенсации за необоснованную отсрочку, которая уже произошла, не решает вопроса возмещения и каждое государство, в первую очередь, должно, дополнительно (а не как альтернативу) к компенсационным средствам правовой защиты за нарушения, которые уже произошли, обеспечить средства ускоренной правовой защиты.<sup>52</sup> Преимущество гибридной системы средств правовой защиты было поддержано Комитетом министров.<sup>53</sup> Тем не менее, ЕСПЧ, признавая данное преимущество, постоянно воздерживался от указания, что в

<sup>46</sup> См. *Chorzów Factory*, PCIJ, Series A No.17, 1928, 47-48.

<sup>47</sup> См. Study (n 38) para. 168.

<sup>48</sup> Ibid paras. 171-172. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *A new objective for Judicial Systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe*, CEPEJ(2004)19REV2, available at <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1031277&Site=COE> [accessed at 28.04.2012] (cited in *ibid*, para. 175).

<sup>49</sup> L. Lomasky, *Persons, Rights and the Moral Community* (OUP 1987) 143 (cited in: Shelton (n 6) 291). Согласно КПЧ, прекращение продолжающегося насилия является важнейшим элементом права на эффективное средство правовой защиты (Комитет ООН по правам человека (КПЧ), *General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 15).

<sup>50</sup> *Ruiz Agudo v Spain*, Communication 864/999, 31.10.2002, HRC, para. 9.1.

<sup>51</sup> *ibid* para. 11.

<sup>52</sup> Study (n 38) paras. 171, 173.

<sup>53</sup> *Recommendation 2010* (n 36) para. 7. См. также M Lobov, 'The Execution of Judgments Concerning the Excessive Length of Judicial Proceedings: The Committee of Ministers' Experience' in Venice Commission (n 39) 354.

<sup>39</sup> *Scordino* (n 38) para. 189.

<sup>40</sup> Study (n 38) para. 143. Компенсация может принять форму номинального ущерба, т.е. маленькая сумма, присужденная как символ восстановления прав (Shelton (n 6) 292).

<sup>41</sup> Study (n 38) para.72; Edell (n 24) 78.

<sup>42</sup> См. *ie, Bacchini v. Switzerland* (dec.), App 62915/00, 21.06.2005.

<sup>43</sup> *Scordino* (n 38) para. 183. См. частично особое мнение судьи Касадевалл по делу *Кудла* (n 13) пара 6.

<sup>44</sup> См. *Mifsud* (n 39) para.17; *Brusco v Italy* (Dec.), App 69789/01, 06.09.2001.

<sup>45</sup> См. *ie, Aksoy* (n 11) para.95; *Leander* (n 16) para. 77.

рамках статьи 13 необходимо обеспечить средство ускоренной правовой защиты.<sup>54</sup>

Поворот в Деле Кудла может поднять дополнительный вопрос: является ли установление факта «двойного нарушения» само по себе достаточным для преодоления структурных проблем судебной системы или оно просто создает препятствие для заявителя, который должен исчерпать дополнительное внутригосударственное средство правовой защиты, чтобы представить Суду жалобу относительно продолжительности судебного разбирательства?<sup>55</sup> Согласно аргументации ЕСПЧ, заявитель, которому была предоставлена компенсация за нарушения, которые уже имели место, теряет статус потерпевшего и не может подать иск в Суд, даже если судебное разбирательство еще продолжается. В этом случае необходимость исчерпать средство правовой защиты создает дополнительный этап, когда нарушение права заявителя на судебное разбирательство в разумные сроки продолжается. В этом свете необходимо заметить, что на данный момент переинтерпретация статьи 13 не привела к заметному сокращению количества дел в производстве Суда по статье 6(1).<sup>56</sup> Более того, приводятся доводы, что перемена создала основы для нового типа жалобы в Суд, которая касается того, что средства правовой защиты на внутригосударственном уровне не соответствуют требованиям статьи 6 по причинам, которые включают продолжительность судебного разбирательства.<sup>57</sup>

### 3. Выводы

В какой-то степени нежелание Суда ссылаться на единое средство правовой защиты можно понять с позиции субсидиарности. Несомненно, в различных юрисдикциях заметны различные подходы к делам.<sup>58</sup> Тем не менее, данные широкие дискреционные полномочия не должны пониматься государствами как *cart blanche*. Суд должен решить, являются ли средства, доступные заявителю, «эффективными».<sup>59</sup> Средство правовой защиты, предлагаемое государ-

ством, должно быть созвучно сути статьи 13, т.е. обеспечению эффективного возмещения, которое, в плане предотвращения дальнейшего продолжения предполагаемого нарушения, подразумевает не только компенсацию.<sup>60</sup>

## III. Применение статьи 13 в предполагаемых нарушениях статьи 5

### 1. Средства правовой защиты в рамках статьи 5

Статья 5 содержит два средства правовой защиты, присущие контексту: гарантия *habeas corpus*, обеспечивающая задержанному право на быстрое судебное рассмотрение законности его задержания в рамках статьи 5(4), и принудительно применимое право на компенсацию за незаконное задержание в рамках статьи 5(5).<sup>61</sup> Если первое средство правовой защиты гарантирует освобождение задержанного в случае, если устанавливается, что задержание было произвольным, то второе влечет за собой компенсацию, если было нарушено какое-либо положение статьи 5. Несмотря на то что, согласно Суду, компенсация может быть «больше, чем просто финансовая компенсация»,<sup>62</sup> ни одна юриспруденция не указывает на иные формы компенсации.<sup>63</sup> Заметным отличием от статьи 13 является то, что ЕСПЧ рассматривает иск по статье 5(5), если находит, что был нарушен другой пункт статьи 5, не требуя от заявителя исчерпания внутренних средств правовой защиты, чтобы установить, мог ли он фактически получить компенсацию.<sup>64</sup> Достаточно того, что средство правовой защиты существует «до или после принятия Судом постановления».<sup>65</sup>

Учитывая, что оба средства гарантируют рассмотрение дела в «суде», которое предполагает более строгие требования, чем общее обязательство в рамках статьи 13 по обеспечению эффективного средства правовой защиты перед органом с неуказанным статусом, Суд последовательно рассматривает статьи 5(4) и 5(5) в качестве *lex specialis* по отношению к статье 13.<sup>66</sup> Таким образом, ЕСПЧ неоднократно подчеркивал, что нет необходимости оценивать нарушение последней статьи в вопросах

<sup>54</sup> Study (n 38) paras.138-139.

<sup>55</sup> См. частично особое мнение судьи Касадевалл по Делу Кудла (n 13) пара. 4-6. В отношении предполагаемого нарушения права на разбирательство дела в разумный срок заявителю должны исчерпать внутригосударственные средства правовой защиты, даже если данные средства были внедрены после подачи заявления в Суд (Edel (n 24) 81.)

<sup>56</sup> Mowbray (n 18) 211.

<sup>57</sup> MB Dembour and M Krzyzanowska-Mierzewska, 'Ten years on: the voluminous and interesting Polish case law' [2004] EHRLR 517, 520. Задержки выплаты компенсации в случае 475 судебных дел Пинто были охарактеризованы Судом как «широко распространенная проблема», учитывая 3900 схожих дел, ожидающих решения Суда (см. *Gaglione and others v Italy*, App 45867/07, 21.12.10; P Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights* (3<sup>rd</sup> ed, OUP 2011) fn 200 at 135).

<sup>58</sup> O'Boyle (n 39) 96.

<sup>59</sup> *Doran v Ireland*, App 50389/99, 31.10.2003, para. 61.

<sup>60</sup> *Hartman v the Czech Republic*, App 53341/99, 10.07.2003, paras. 81, 83.

<sup>61</sup> См. схожие положения в статье 9(5) МПГПП.

<sup>62</sup> Harris et al. (n 16) 197; *Bozano v France* (Dec.), App 9990/82, 15.05.1984, 144-145.

<sup>63</sup> *ibid.* Cf *Wassink v the Netherlands*, App 12535/86, 27.09.1990, para. 38.

<sup>64</sup> Harris et al. (n 16) 197-198. See *Ciulla v Italy*, App 11152/84, 22.02.1989, paras. 43-45.

<sup>65</sup> *Brogan and others v United Kingdom*, Apps 11209/84, 12245/86, 12383/86, 30.08.1990, para. 67; Fox, *Campbell and Hartley v UK*, Apps 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30.08.1990, para. 46.

<sup>66</sup> *De Jong, Baljet and Van den Brink v the Netherlands*, Apps 8805/79, 8806/79, 9242/81, Report, 11.10.1982, para. 100; Dijk et al. (n 24) 1016.

лишения свободы и компенсации за произвольное задержание.<sup>67</sup>

## 2. Статья 5 – исключен ли доступ к статье 13?

Перемена по Делу Кудла подняла вопросы по возможной переинтерпретации взаимосвязи между статьями 5 и 13: оставляет ли статья 5 место для отдельного применения статьи 13? Тем не менее, из прецедентного права следует, что Суд не желает отменить общепринятое установившееся мнение *lex specialis* в отношении статьи 5. Особое положение личности, находящейся в заключении, регулируемое статьей 5 и основным принципом – более важные права, более строгие средства правовой защиты<sup>68</sup> – служит основанием для обоснования подхода Суда. Тем не менее, в каком плане статья 5 налагает более строгие требования, чем статья 13?

В то время как статья 5 строже в плане обеспечения средств судебной защиты, в вопросе сути средства правовой защиты можно утверждать, что статья 13 включает более широкий круг требований, в частности, обязанности по расследованию, которые “заложены” в идею эффективного средства правовой защиты.<sup>69</sup> Выплата компенсации и/или освобождение из-под стражи являются признанием нарушения, тем не менее, принимая во внимание, что *habeas corpus* не уполномочивает суд по всем вопросам дела, “включая вопросы чистой целесообразности”, а только по тем условиям, “которые имеют существенное значение для «законного задержания»”,<sup>70</sup> остается открытым вопрос, предоставляют ли данные средства правовой защиты достаточное возмещение в любых условиях. Можно утверждать, что, не считая *habeas corpus* и компенсацию, государство обязано расследовать все обвинения о произвольном заключении в рамках статьи 5, как в случаях с предполагаемыми нарушениями статей 2 и 3. В этом свете, если лицо законно свободно, но желает оспорить соответствие своего более раннего заключения требованиям Конвенции, возможно применение статьи 13 – наряду со статьей 5.<sup>71</sup>

Кажется, Суд не следует конкретно данному подходу, а ЕСПЧ, в какой-то степени непоследовательно, трактует требование эффективного и независимого

расследования в рамках статьи 5 при обвинениях в насильственных исчезновениях, давая отдельный ход также статье 13.<sup>72</sup> В Деле Курт против Турции<sup>73</sup> ЕСПЧ подчеркнул, что статья 13 подразумевает не только выплату компенсации, но и “полное и эффективное расследование, которое может привести к установлению и наказанию лиц, несущих ответственность, включая эффективный доступ родственникам к следственной процедуре”.<sup>74</sup> Таким образом, Суд решил, что содержание статьи 13 выходит за рамки требования статьи 5 о расследовании, и рассмотрел нарушение статьи 13 отдельно от статьи 5.<sup>75</sup>

Кажется, что возможность получения компенсации в рамках статьи 13 делает средство правовой защиты более обширным, чем процедурное обязательство в рамках статьи 5, хотя Суд не желал раскрывать детально другие различия между этими статьями в этой перспективе.<sup>76</sup> Более того, ЕСПЧ непоследовательно избегал обсуждения предполагаемых нарушений статьи 13, когда обязанности по проведению расследования в рамках других существенных статей были рассмотрены и было принято решение, что “нет необходимости” заново рассматривать вопрос в рамках статьи 13.<sup>77</sup> В частности, в некоторых случаях Суд оценил нарушение статьи 13, которое касалось обязательства провести эффективное расследование исчезновения, только в рамках статьи 2, несмотря на то что заявитель жаловался на нарушение данных обязанностей также в рамках статьи 5.<sup>78</sup> Кажется, что, если отсутствие эффективного следствия подрывает возможность заявителя обратиться к помощи других внутригосударственных средств правовой защиты, Суд, вероятно, рассмотрит вопрос в рамках статьи 13 параллельно с применением аналогичных обязательств в рамках других статей.<sup>79</sup>

Нестабильный подход может быть объяснен медленным развитием позитивных обязательств в рамках самой статьи 5.<sup>80</sup> Несмотря на то что подразумеваемая обязанность провести быстрое и эффективное расследование возможного утверждения,

<sup>72</sup> Jacobs et al. (n 3) 140.

<sup>73</sup> App 15/1997/799/1002, 25.05.1998.

<sup>74</sup> *ibid* para. 140. See also *Tas v Turkey*, App 24396/94, 14.11.2000, para. 91.

<sup>75</sup> *Ibid*; Jacobs et al. (n 3) 140.

<sup>76</sup> See White (n 4) 219; Harris et al. (n 16) 573.

<sup>77</sup> See *Kelly and others v UK*, App 28883/95, 4.05.2001, paras. 158-159; *McKerr v UK*, App 30054/96, 4.5.2001, paras. 175-176; *Dedovskiy v Russia*, App 7178/03, 15.05.2008, paras. 100-101; Cf. *Bazorkina v Russia*, App 69481/01, 27.07.2006. See also the dissenting opinion of Judge Golcuklu in *Akdeniz and Others v Turkey*, App 23954/94, 31.05.2001; *Ahmed Aber and others v Algeria*, 1439/2005, HRC, 13.07.2007, para. 7.8.

<sup>78</sup> *Akdeniz v Turkey*, App 25165/94, 31.05.2005, paras. 138-142; *Akdeniz and Others* (n 77) paras.112-114; *Sarli v Turkey*, App 24490/94, 22.05.2001, paras. 73-78.

<sup>79</sup> Mowbray (n 18) 219-220. See *Tas* (n 75) para. 93; *Aydin v Turkey*, App 57/1996/676/866, 25.09.1997 paras. 101-109. See also the partly dissenting opinion of Judge Zagrebelsky in *Khashiev and Akayeva v Russia*, Apps 57942/00; 57945/00, 24.02.2005.

<sup>80</sup> Jacobs et al. (n 3) 213.

<sup>67</sup> Можно противопоставить данную позицию подходу КПЧ, который признает, что наравне с гарантиями, предусмотренными статьей 9 (Право на свободу и безопасность лиц) МПГПП, государства несут также ответственность в рамках статьи 2(3) (Правоприменение на внутригосударственном уровне) с целью обеспечения эффективного средства правовой защиты, когда индивидуум утверждает, что был лишен свободы в нарушение Пакта (UN Human Rights Committee, *General Comment No. 8: Article 9 (Right to Liberty and Security of Persons)*, 30.06.1982, No 8, para. 1; *Jama Warsame v Canada*, HRC, 1959/2010, 21.07.2011, para. 8.10).

<sup>68</sup> Harris et al. (n 16) 559.

<sup>69</sup> *Aksoy* (n 11) para.98.

<sup>70</sup> Jacobs et al. (n 3) 236.

<sup>71</sup> See Harris et al. (n 16) 184; *L v Sweden*, App 10801/84, 1988; *X v UK*, App 9403/81, 5.05.1982, para. 16.

что лицо было задержано и с тех пор исчезло, было впервые установлено по Делу Курта и подтверждено в некоторых последующих делах, в целом Суд неохотно трактует данное обязательство в рамках статьи 5 и предпочитает рассматривать вопрос в рамках аналогичных обязательств по статьям 2 и/или 3.<sup>81</sup> Таким образом, Дело Курта остается одним из редких дел, по которым Суд исследовал нарушение статьи 13 касательно предполагаемого необеспечения государством эффективного расследования исчезновения в рамках статьи 5. Не считая дел об исчезновении, Суд неохотно применял позитивные обязательства, касающиеся права на свободу, тем самым продолжая исключать возможность обсудить предполагаемое нарушение статьи 13.

### 3. Выводы

Из прецедентного права следует, что в целом статья 13 не применяется в случаях предполагаемых нарушений статьи 5. Перемена в Деле Кудла не повлияла на интерпретацию статьи 5, поскольку позиция *lex specialis* остается Судом нетронутой. Тем не менее, ЕСПЧ сделал исключение по делам об исчезновениях, по которым разрешается рассматривать статью 13 отдельно, исходя из ее более широких рамок в данном контексте. Непоследовательное применение последнего положения в отношении нарушения позитивных обязательств в рамках статьи 5 может вызвать ряд вопросов в плане понимания концепции эффективных средств правовой защиты. Имея в виду похожую практику в отношении статей 2 и 3,<sup>82</sup> с точки зрения Суда желательно оценивать иск по статье 13, если отсутствие эффективного расследования не позволило индивиду воспользоваться особыми средствами правовой защиты, предусмотренными статьей 5, особенно, если оспаривается административная практика. В таких случаях можно утверждать, что статья 13 не поглощает требования статьи 5, делая уместным рассмотрение нарушения обеих статей отдельно.

### IV. Заключение

Вся система защиты Конвенции основана на презумпции, что государства обеспечивают эффективные средства правовой защиты на внутригосударственном уровне любому лицу, которое заявляет о том, что стал жертвой нарушения прав человека. Тем не менее, анализ указал на сложности в интерпретации статьи 13, которая обеспечивает общее право на средство правовой защиты в рамках Конвенции. Несмотря на то что Судом было сформулиро-

вано основное понимание права, становится ясно, что конкретные вопросы остаются неясными и являются предметом разногласий. Применение данной нормы в отношении статей 5 и 6 является одним из тех вопросов, которые раскрывают значимость статьи 13 в системе Конвенции и в то же время указывают на неясности в интерпретации данного права.

Несмотря на то что резкая отмена прецедента в Деле Кудла может быть обоснована различными причинами, существует ряд вопросов, которые ставят под сомнение общее понимание концепции эффективных средств правовой защиты в делах о предполагаемых нарушениях права на судебное разбирательство в разумные сроки в рамках статьи 6(1). Имея в виду субсидиарный характер надзорного механизма в рамках Конвенции, отклонение от предыдущего подхода может быть оценено как одно из важнейших развитий в юрисдикции Суда, которое привело к ряду законодательных изменений в государствах-членах, направленных на решение проблемы эффективных средств правовой защиты на внутригосударственном уровне. Тем не менее, широкие дискреционные полномочия государств в плане обеспечения мер по соответствию требованиям статьи 13 не должны оставлять индивида без достаточного возмещения. Позиция Суда, позволяющая чисто компенсационное средство правовой защиты в соответствии с обязательствами государств в рамках статьи 13, может лишить индивида права представить иск в Суд, если данное лицо получило компенсацию за отсрочки, которые уже имели место, даже если судебный процесс еще не завершен. Поэтому желательно интерпретировать статью 13 как требующую гибрида средств правовой защиты – компенсационных и экспедиторных.

Анализ показал нежелание Суда расширить Кудла подход, распространив его на предполагаемые нарушения статьи 5-ой. Последняя статья все еще твердо считается *lex specialis* и, таким образом, поглощает требования статьи 13-ой и исключает отдельное рассмотрение нарушения права на средство правовой защиты. Тем не менее, статья 13-я применялась, хотя и непоследовательно, в случаях предполагаемых нарушений требований статьи 5-й по проведению расследования, но только по делам об исчезновении. В этом случае, поскольку статья 13-я – все более важный источник позитивных институциональных обязательств<sup>83</sup> – требует не только компенсации, но также всестороннего и эффективного расследования, Суд позволил рассмотрение нарушения нормы отдельно. Данная непоследовательность в основном обусловлена нестабильной интерпретацией Судом позитивных обязательств в рамках статьи 5-ой. Можно утверждать, что ЕСПЧ должен рассматривать иск по статье

<sup>81</sup> See *Kurt* (n 74) para.124. Cf. *Cakici v Turkey*, App 23657/94, 8.07.1999, paras. 104, 113; *Cyprus v Turkey*, App 25781/94, 10.05.2001, paras. 147, 153; *Mowbray* (n 18) 68, 70.

<sup>82</sup> См. текст примечания 80

<sup>83</sup> *Mowbray* (n 18) 220.

13-й в тех случаях, когда отсутствие эффективного расследования обвинений о произвольном заключении лишило индивида возможности воспользоваться присущими контексту средствами правовой защиты, заложенными в статье 5-й.

Анализ раскрыл ряд неясностей, связанных с применением статьи 13-й в случаях предполагаемых нарушений статей 5-й и 6-й. Для создания основ логически последовательного смысла, которое должно быть придано данной краеугольной норме,<sup>84</sup> желательно пересмотреть и уточнить подход Суда, чтобы статья 13-я окончательно вышла бы из “сумеречной зоны”<sup>85</sup> ее юриспруденции.

<sup>84</sup> MW Janis, RS Kay and AW Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials* (3<sup>rd</sup> ed, OUP 2008) 834.

<sup>85</sup> Jacobs et al. (n 3) 131.



Норберт Бэрндорфф<sup>1</sup>

## **Обзор судебной практики Европейского суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб против Азербайджана, Армении и Грузии за 2012г.**

*(период подотчетности: 01.01.2012-31.12.2012)*

**Настоящий отчет является продолжением предыдущего отчета о судебной практике первого издания периодического журнала ЮЮЖ (N 03/2012; период подотчетности: с 01.01.2011 по 31.12.2011).** Целью данного отчета является краткий обзор судебных решений Европейского суда по правам человека, принятых против Азербайджана, Армении и Грузии в период с 01.01.2012 по 31.12.2012 на основании Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека. Рассматриваются только те судебные решения, в которых Европейский суд по правам человека допустил индивидуальную жалобу к рассмотрению, придя к выводу, что нарушена конкретная норма Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека или ее дополнительных протоколов. В настоящем отчете не рассматриваются те решения, по которым Европейский суд по правам человека счел недопустимыми индивидуальные жалобы граждан. Не рассматриваются также дела, которые были изъяты из Реестра Европейского суда по правам человека. Решения Европейского суда по правам человека доступны на сайте [www.echr.coe.int.-case-law-hudoc](http://www.echr.coe.int.-case-law-hudoc) на английском и французском языках.

Для сравнения: За этот же период Европейским судом по правам человека было принято против Германии 42 решения, в том числе по существу – 22 решения, против Франции – 90 решений, в том числе по существу – 29 решений, против Великобритании – 73 решения, в том числе по существу – 24 решения.

1. За период с 01.01.2012 по 31.12.2012 Европейский суд по правам человека установил в общей сложности в четырнадцати случаях факты нарушения положений Конвенции со стороны армянских властей. В шести случаях суд счел недопустимыми жалобы или же изъял дела из Реестра (дела №32289/06, 2193/05, 46435/09, 36469/08, 52316/09 и 11456/05).

В упомянутых судебных решениях установлены, в основном, нарушения ч. 1, 3 и 4 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность), ч. 1, 2 и 3 ст. 6

(Право на справедливое судебное разбирательство), ст. 3 (Запрещение пыток – нечеловеческое и унижительное обращение), а также ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности).

### **Дело Бухаратяна и Цатуряна против Армении (Решение от 10.01.2012, дело № 37819/03 и 37821/03)**

Являясь гражданами Армении и Свидетелями Иеговы, жалобщики, 1980 г. рождения, проживают в Ереване. Они, сославшись на ст. 9 Конвенции (Свобода мысли, совести и религии), жаловались на то, что ввиду уклонения от обязательной военной службы были приговорены в апреле 2003 г. к двум годам лишения свободы.

Европейский суд по правам человека обнаружил факт нарушения ст. 9 Конвенции, обязав Армению к выплате обоим жалобщикам 6 000 евро нематериального ущерба, а 4 000 евро – на прочие расходы и затраты. Решение является коллегиальным.

### **Дело Габриэляна против Армении (Решение от 10.04.2012, дело № 8088/05)**

Жалобщик, 1938 г. рождения, является гражданином Армении и проживает в Ереване. Он был арестован во время предвыборной кампании 8 апреля 2004 г. в Ереване как представитель крупнейшей оппозиционной партии Армении. Он был задержан во время распространения им листовок, в которых содержался призыв к акции протеста на следующий день. В июне 2004 г. он был осужден по причине насильственного призыва к свержению действующих властей. Получив годичный условный срок, он был освобожден из-под стражи. Жалобщик заявлял, что назначенный ему государством адвокат защищал его не должным образом, поскольку последний не имел никакого личного контакта с ним. Он также жаловался на то, что ему не дали права на очную ставку со свидетелями, на показаниях которых основывалось его осуждение.

Европейский суд по правам человека установил нарушение ч. 1 ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) во взаимосвязи с ч. 3 ст. 6 (Право на допрос свидетелей) Конвенции. Суд не установил факта нарушения ч. 3 ст. 6 Конвенции (Право на защиту). Суд **обязал Армению к выплате жалобщнику 2 500 евро нематериального ущерба, а 1 600 евро – на прочие расходы и затраты.** Решение является коллегиальным.

### **Дело Анобяна и других против Армении (Решение от 10.04.2012, дело № 34320/04)**

Жалобщики, соответственно 1967, 1969 и 1956 г. рождения, являются гражданами Армении и прожива-

<sup>1</sup> Является судьей Федерального суда Германии по социальным делам, а также главным редактором настоящего журнала

ют в Армавире, Наири и Налбандяне. Будучи членами оппозиционной партии Армении, они были задержаны сроками от четырех до семи дней в марте-апреле 2004 г. в качестве наказания за политические призывы к участию в запланированной акции протеста в Ереване. Они жаловались на то, что их арест был незаконным и произвольным, обвинения были сфабрикованы, а административные производства проходили несправедливо. Имело место ускоренное производство, во время которого они не имели достаточного времени и возможности для подготовки к защите, не имея также права на апелляцию.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 11 (Свобода собраний и объединений), ч. 1 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность), ч. 1 ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) во взаимосвязи с ч. 3 б ст. 6 (Право на достаточное время и возможности для подготовки своей защиты) и ст. 2 Дополнительного протокола №7 (Право на обжалование приговоров по уголовным делам во второй инстанции) Конвенции.

**Суд** обязал Армению к выплате каждому жалобщику по 7 000 евро нематериального ущерба, а 7 000 евро – на прочие расходы и затраты. Решение является коллегиальным.

#### **Дело Мурадханяна против Армении (Решение от 05.06.2012, дело № 12895/06)**

Жалобщик, 1963 г. рождения, является гражданином Армении. Он был осужден в 2007 г. на пожизненное заключение ввиду неоднократно совершенных убийств и незаконного владения огнестрельным оружием. Жалобщик отбывает свой срок. Причиной подачи жалобы было то, что он был задержан и с 2004 г. по 2007 г. незаконно содержался под стражей. Кроме этого, ему не удалось обжаловать свой незаконный арест.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ч. 1 и 3 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции. Компенсация составила 6 000 евро. Решение является коллегиальным.

#### **Дело Погосяна и Багдасаряна против Армении (Решение от 12.06.2012, дело № 22999/06)**

Мать и сын, будучи гражданами Армении, обратились с индивидуальной жалобой ввиду отказа в выплате компенсации своему мужу/отцу нематериального ущерба, нанесенного мужу/отцу в апреле 2005 г. судами Армении. Муж/отец отбывал наказание в течение пяти с половиной лет по обвинению в убийстве

и изнасиловании. После ареста истинных виновников он был оправдан и освобожден из-под стражи. Однако армянские суды отказали ему в выплате нематериального ущерба, поскольку Гражданский кодекс Армении не предусматривает выплаты компенсации за нанесенный нематериальный ущерб.

Европейский суд по правам человека установил в своем первом решении в данном случае факт нарушения ст. 3 Дополнительного протокола №7 (Компенсация в случае судебной ошибки) Конвенции, раскритиковав отсутствие в Гражданском кодексе Армении предписаний о выплате компенсаций за нематериальный ущерб. Суд отметил, что договаривающееся государство обязано, согласно ст. 3 Дополнительного протокола №7, выплатить компенсации даже в том случае, если национальное право или судебная практика договаривающегося государства не предусматривает выплаты компенсаций («compensation was due even where the domestic law or practice made no provision for such compensation»). Суд также подчеркнул, что в данном случае необходимо выплатить жалобщикам компенсацию за причиненный нематериальный ущерб, обязав Армению к выплате им 30 000 евро. Решение является коллегиальным.

#### **Дело Малхазяна против Армении (Решение от 26.06.2012, дело № 6729/07)**

Жалобщик, 1953 г. рождения, является гражданином Армении и проживает в Ереване. Он был арестован в 2006 г. и обвинялся в призыве к насильственному свержению действующих властей на встрече НПО – Армянского корпуса. В 2007 г. жалобщик был приговорен к двум годам лишения свободы. Он обжаловал несколько решений армянских компетентных органов и судов, связанных с продлением срока его заключения. В особенности суды не имели никаких причин для продления срока наказания, поскольку не существовало судебного определения о его аресте в период между 10 и 22 июня 2007 г. и ему не предоставлялось никакой возможности лично присутствовать на слушаниях, связанных с продлением тюремного срока.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ч. 1 (задержание жалобщика между 10 и 22 июня 2007 г.) и 3 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции. Компенсация составила 4 5000 евро. Решение является коллегиальным.

#### **Дело Пирузяна против Армении (Решение от 26.06.2012, дело № 33376/07)**

Жалобщик, 1978 г. рождения, является гражданином Армении и проживает в Ереване. В октябре 2006 г.

он был арестован ввиду подозрения в похищении чемодана с драгоценностями во время нападения. Срок заключения был неоднократно продлен без судебного определения, в том числе при нахождении в заключении в период между 19.02 до 12.03.2007. Было проведено 21 публичное слушание, во время которых жалобщик находился в железной клетке. Ему также было отказано в ходатайстве об освобождении в случае уплаты залога. В декабре 2007 г. было отозвано обвинение и жалобщика освободили из заключения.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 3 (Запрещение пыток), а также 5 нарушений ч. 1, 3 и 4 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции. Компенсация за нематериальный ущерб составила 8 000 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Григоряна против Армении  
(Решение от 10.07.2012, дело № 3627/06:  
нарушение ч. 1 ст. 6 Конвенции,  
ненарушение ч. 1 ст. 5 Конвенции,  
компенсация: 2 500 евро; коллегиальное  
решение)**

**Дело Шолохова против Армении  
(Решение от 31.07.2012, дело № 40358/05:  
нарушение ч. 1 ст. 6 Конвенции,  
компенсация: 5 000 евро; коллегиальное  
решение)**

**Дело Сефиляна против Армении  
(Решение от 02.10.2012, дело № 22491/08)**

Жалобщик, 1967 г. рождения, является гражданином Ливана и проживает в Ереване. Он занимает руководящие должности в нескольких НПО, в том числе в Армянском корпусе (Unity of Armenian Volunteers), являясь активным критиком армянских властей. В декабре 2006 г. он был арестован по обвинению в призыве к насильственному свержению действующих властей во время публичного выступления, а также по обвинению в незаконном ношении огнестрельного оружия с 1998 г. В августе 2007 г. жалобщика осудили, предъявив ему второе обвинение и приговорив его к полугодовому сроку лишения свободы. Он обжаловал как само заключение, так и продление срока заключения, в особенности, нахождение в заключении между 10 и 22 июня 2007 г. без судебного определения, а также отказ в его желании об освобождении из заключения под залог. Кроме этого, компетентные органы прослушивали в 2006 г. его телефонные беседы в течение 6 месяцев.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ч. 1, 3 и 4 ст. 5 (Пра-

во на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции, а также ст. 8 Конвенции (Право на уважение частной и семейной жизни). Компенсация за нематериальный ущерб составила 6 000 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Антоняна против Армении  
(Решение от 02.10.2012, дело № 3946/05)**

Жалобщица, 1937 г. рождения, является гражданкой Армении и проживает в Ереване. Ее жалоба направлена против решений армянских властей по вопросу права собственности находящейся в Ереване квартиры. Она пользовалась данной квартирой в советское время на правах найма. 1993 г. в рамках приватизации она получила квартиру в собственность. В 1981 г. жалобщица зарегистрировала в квартире свою племянницу (которая позже скончалась) и ее двух детей. Обжаловано было требование платы со стороны армянских властей для отмены регистрации оставшихся дочерей племянницы.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции. Компенсация за нематериальный ущерб жалобщице составила 3 000 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Вирабяна против Армении  
(Решение от 02.10.2012, дело № 40094/05)**

Жалобщик, 1958 г. рождения, имеет армянское гражданство и проживает в деревне Шаумян. Он является членом крупнейшей оппозиционной армянской партии – Народной Партии Армении. Дело касалось обращения с жалобщиком на полицейском участке после его задержания в апреле 2004 г. по подозрению в ношении огнестрельного оружия во время акции оппозиции в Ереване. Жалобщик подвергся пыткам во время его пребывания в полицейском участке Арташата. Он старался защищаться, но подвергся избиению металлическим предметом в паховой области до тех пор, пока не потерял сознание. Вследствие этого ему должны были удалить левое яичко. В августе 2004 г. обвинение против жалобщика было отозвано, поскольку он имел проблемы со здоровьем.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае два факта нарушений: ст. 3 (Запрещение пыток – нечеловеческое и унижающее обращение) Конвенции, также ч. 2 ст. 6 (Презумпция невиновности), ст. 14 (Запрещение дискриминации) в связи со ст. 3 Конвенции. Данное решение является первым решением, принятым против Армении по обвинению в нарушении нормы о запрещении пыток. Суд удов-

летворил требование жалобщика о выплате ему компенсации за нематериальный ущерб в размере 25 000 евро и компенсации на расходы и затраты в размере 6 000 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Даниеляна и других против Армении  
(Решение от 09.10.2012, дело № 25825/05)**

**и**

**Дело Тунуяна и других против Армении  
(Решение от 09.10.2012, дело № 22812/05)**

Проживающие в Ереване две армянские семьи обратились в Европейский суд по правам человека по факту отчуждения находящегося в Ереване их дома (квартиры). Отчуждения служат цели осуществления больших проектов по планировке. Жалобщики оспаривали нарушение прав собственности.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции.

**Дело Хачатряна и других против Армении  
(Решение от 27.11.2012, дело № 23978/06)**

В общей сложности 19 жалобщиков являются гражданами Армении и Свидетелями Иеговы. На основании вступившего в июле 2004 г. в силу Закона Армении об альтернативной службе им было разрешено проходить альтернативной гражданской службы (вместо обязательной военной службы). Жалобщики работали впоследствии в государственных и частных клиниках, аптеках и т.д. В мае/июне 2005 г. они уведомили руководство клиник, что они не в состоянии добросовестно осуществлять возложенные на них обязательства, поскольку их альтернативная служба проходила под строгим фактическим военным контролем. Жалобщики покинули свои рабочие места, после чего были арестованы на несколько месяцев и против них были возбуждены уголовные дела. В этом контексте они жаловались на нарушение ч. 1 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ч. 1 (Законное содержание и заключение под стражу) и ч. 5 (Право на компенсацию) ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции. Компенсация за нематериальный ущерб составила по 6 000 евро на каждого жалобщика, а также 10 000 евро на дополнительные расходы и затраты. Решение является коллегиальным.

2. Европейский суд по правам человека установил в период с 01.01.2012 до 31.12.2012 в общей сложности 11 фактов нарушения со стороны азербайджан-

ских властей. По трем делам жалоба была признана недопустимой (Дела № 37129/08, 8019/08 и 16017/07). Дальнейшие 6 дел были изъяты из Реестра (Дела №32066/07, 5588/04, 18703/08, 35509/08, 30944/09 и 51326/07).

В упомянутых судебных решениях установлены, в основном, нарушения ст. 3 (Запрещение пыток) Конвенции, а также ст. 3 Дополнительного протокола №1 (Право на свободные выборы).

**Дело Хаджили против Азербайджана  
(Решение от 10.01.2012, дело № 6984/06)**

**и**

**Дело Маммадова против Азербайджана  
(Решение от 10.01.2012, дело № 4641/06)**

**и**

**Дело Керимли и других против  
Азербайджана  
(Решение от 10.01.2012, дело № 18475/06,  
22444/06)**

Четверо жалобщиков являются проживающими в Баку гражданами Азербайджана. Они являются известными политиками из оппозиционной партии «Азадлыг», выставившими свои кандидатуры на парламентских выборах в ноябре 2005 г. Они обжаловали упразднение результатов прошедших на их избирательном участке выборов, в которых, по их мнению, они одержали убедительную победу. Кроме этого, жалобщики заявляли о потере своих мандатов в Милли Меджлисе ввиду их принадлежности к оппозиции.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 3 Дополнительного протокола №1 (Право на свободные выборы) Конвенции. Жалобщики получили компенсацию от 7 500 до 20 000 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Абиля против Азербайджана  
(Решение от 21.02.2012, дело № 16511/06)**

Жалобщик, 1952 г. рождения, является гражданином Азербайджана и проживает в Баку. Он выставлял свою кандидатуру в ноябре 2005 г. на парламентских выборах Азербайджана. В октябре 2005 г. жалобщик был вычеркнут решением Апелляционного суда из списка кандидатов ввиду того, что якобы он предлагал деньги за получение голосов избирателей. Основываясь на пассивном избирательном праве, он был произвольно вычеркнут из списка кандидатов.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 3 Дополнительного протокола №1 (Право на свободные выборы) Конвенции, обязав Азербайджан к выплате жалобщнику компенсации в размере 7 500 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Ханхусейна Алиева против  
Азербайджана  
(Решение от 21.02.2012, дело № 19554/06)**

Жалобщик, 1958 г. рождения, является гражданином Азербайджана и проживает в Баку. На парламентских выборах в ноябре 2005 г. он выставлял свою кандидатуру на одном избирательном участке. По требованию избирательной комиссии он был согласно судебному решению вычеркнут из списка кандидатов, так как обвинялся в том, что хотел «подкупить» голоса избирателей. Жалобщик посчитал обвинения сфабрикованными, а его изъятие из списка произвольным. Он также заявил, что только в день судебного слушания был уведомлен о требовании избирательной комиссии.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения пассивного избирательного права по ст. 3 Дополнительного протокола №1 (Право на свободные выборы) Конвенции, обязав Азербайджан к выплате жалобщику компенсации в размере 7 500 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Аганиши против Азербайджана  
(Решение от 28.02.2012, дело № 18469/06)**

Жалобщик, 1959 г. рождения, является гражданином Азербайджана и проживает в Баку. На парламентских выборах в ноябре 2005 г. он выставлял свою кандидатуру в качестве независимого кандидата. Обвиненный в подкупе избирателей, в оскорблении своих политических противников, в воспрепятствовании их встреч, он был вычеркнут из списка кандидатов на парламентских выборах.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения пассивного избирательного права по ст. 3 Дополнительного протокола №1 (Право на свободные выборы) Конвенции, обязав Азербайджан к выплате жалобщику компенсации в размере 7 500 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Пашаева против Азербайджана  
(Решение от 28.02.2012, дело № 36084/06:  
Два нарушения ч. 1 ст. 6 (Право на  
справедливое судебное разбирательство);  
Компенсация: 4 800 евро; коллегиальное  
решение)**

**Дело Ризванова против Азербайджана  
(Решение от 17.04.2012, дело № 31805/06)**

Жалобщик, 1966 г. рождения, является гражданином Азербайджана и, работая журналистом, проживает в Германии. В ноябре 2005 г. он был избит полицейским резиновой дубинкой во время проходящей в Баку акции протеста при исполнении своих

должностных обязанностей. Кроме этого, жалобщик обжаловал саму форму следствия полицией данного случая, называя ее неэффективной.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 13 (Право на эффективное следствие) Конвенции, обязав Азербайджан к выплате жалобщику компенсации в размере 4 500 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Зульфали Гусейнова против  
Азербайджана  
(Решение от 26.06.2012, дело № 56547/10:  
Нарушения ч. 1 ст. 6 (Право на справедливое  
судебное разбирательство) и ч. 1 ст. 1  
Дополнительного протокола №1 (Защита  
собственности) Конвенции;  
коллегиальное решение)**

**Дело Наджафли против Азербайджана  
(Решение от 02.10.2012, дело № 2594/07):**

Жалобщик, 1967 г. рождения, является гражданином Азербайджана и проживает в Баку. Он является журналистом и главным редактором газеты «Voz Qurd». 10 октября 2005 г. он хотел осветить несанкционированный митинг, организованный несколькими оппозиционными партиями в Баку. Во время разгона митинга жалобщик оказался напрямую перед полицией. Он сообщил полиции, что является журналистом, и попросил не нападать на него. После этого жалобщик получил удары резиновой дубинкой по голове и потерял сознание. Он получил сотрясение мозга и закрытую травму («closed cranio-cerebral trauma»). В этом он обвинил многих полицейских ОМОНа. Одновременно с этим, их причастность к совершенному была признана недоказанной, и 9 марта 2006 г. прокуратурой было приостановлено предварительное следствие до опознания исполнителей. Обжалование никакого результата не принесло.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае неоднократное нарушение ст. 3 (Запрещение пыток – унижительное и нечеловеческое обращение) Конвенции и ст. 10 (Свобода выражения мнения), обязав Азербайджан к выплате жалобщику компенсации за нематериальный ущерб в размере 10 000 евро и 3 000 за дополнительные расходы и затраты. Решение является коллегиальным.

**Дело Асадбеили и других против  
Азербайджана  
(Решение от 11.12.2012, дела №3653/05,  
14729/05, 20908/05,  
26242/05, 36083/05 и 16519/06)**

11 жалобщиков, начиная с 1952 по 1984 гг. рождения, являются гражданами Азербайджана и про-

живают в Баку, Сумгаите и Габале. Ввиду участия в несанкционированной акции протеста на фоне президентских выборов 16 октября 2003 г. они были арестованы и подверглись уголовному преследованию. Напряжение на митинге возросло, что привело к насильственному противостоянию между оппозиционными силами и блюстителями порядка. Жалобщики считали во многих аспектах несправедливыми возбужденные против них уголовные дела. Один из жалобщиков, г-н Маммадов, сетовал, что он из-за участия в акции протеста подвергся преследованию по уголовному и административному делам.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае нарушение ч. 1 ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) в связи с ч. 3 б, в и г ст. 6 Конвенции, а относительно г-на Маммадова и ст. 4 Дополнительного протокола №7 (Право не быть судимым или наказанным дважды), обязав Азербайджан к выплате жалобщикам компенсаций в размере от 10 000 евро до 12 000. Решение является коллегиальным.

3. За период с 01.01.2012 до 31.12.2012 Европейский суд по правам человека установил в общей сложности в девяти случаях факты нарушения положений Конвенции со стороны грузинских властей. В восьми случаях суд счел жалобы недопустимыми (40969/06 и др., 4484/07, 46055/06, 53073/07, 17092/07 и др., 47974/07, 44303/05 и 22026/10 и др.), а в тринадцати случаях изъял дела из Реестра (51767/09, 3486/06, 55486/10, 44984/07, 22325/10, 73250/10, 10076/10, 8708/07, 17491/09, 42270/10, 10547/06, 4276/06 и 25391/08).

В упомянутых судебных решениях установлены, в основном, нарушения ч. 1, 2 и 3 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность), ч. 1 и 3 ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство), ст. 3 (Запрещение пыток).

**Дело Бекаури против Грузии**  
**(Решение от 10.04.2012, дело № 14102/02:**  
**Без принятия решения по злоупотреблению**  
**правом на индивидуальную жалобу («abuse**  
**of the right of petition»)**  
**По ч. 3 ст. 35 Конвенции)**

**Дело Чичинадзе против Грузии**  
**(Решение от 29.05.2012, дело № 18156/05)**

Жалобщик, 1952 г. рождения, является гражданином России и проживает в Белгороде. Его требование заключалось в отмене вступившего в законную силу, исполняемого, принятого в его пользу судебного решения, согласно которому была признана недействительной принудительная продажа находящейся в Батуми недвижимости, а также в возобновлении гражданского дела.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ч.1 ст. 6 Конвенции (Право на справедливое судебное разбирательство), а также ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции. Для уравнивания причиненного жалобщику материального вреда суд счел необходимым восстановление за ним права собственности на недвижимость или выплату ему разумной компенсации. В качестве нематериального ущерба суд обязал Грузию к выплате жалобщику 5 000 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Даддани и Мачабели против Грузии**  
**(Решение от 12.06.2012, дело № 8252/08):**  
**Нарушения ч. 1 ст. 6 (Право на справедливое**  
**судебное разбирательство) Конвенции**  
**ввиду неисполнения судебных решений;**  
**коллегиальное решение**

**Дело Хонякиной против Грузии**  
**(Решение от 19.06.2012, дело № 17767/08)**

Жалобщица, 1926 г. рождения, является гражданкой Грузии и проживает в Тбилиси. До выхода на пенсию в 2000 г. она была судьей Верховного суда Грузии. На основании Закона о Верховном суде Грузии она имела право на получение ежемесячной пожизненной пенсии в размере 1 073 лари. Пенсия ориентировалась на последнюю зарплату и должна была быть приспособлена в зависимости от изменений в доходах действующих судей. В силу Закона о поправках и дополнениях в Законе от 16 марта 2001 г. из Закона была изъята оговорка о новом приспособлении пенсии. Новые поправки и дополнения вошли в закон также 23.12.2005 г. Закон имел обратную силу, вследствие чего судьи на пенсии получили компенсацию ввиду ухудшения их доходов в одноразовом виде в размере 1 200 лари. Жалобщица сочла нарушенными права собственности Законом о поправках и дополнениях. Решениями от октября и декабря 2007 г. Верховный суд Грузии счел недопустимым и необоснованным иск. Имеющие обратную силу поправки в требованиях пенсий касаются 850 лиц в публичной службе. В производстве Европейского суда по правам человека еще 30 подобных индивидуальных жалоб. Данное решение является первым по данному правовому вопросу.

Европейский суд по правам человека не установил в данном случае факт нарушения ч.1 ст. 6 Конвенции (Право на справедливое судебное разбирательство), а также ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции. Суд посчитал, что ст. 1 Дополнительного протокола №1 Конвенции не может регулировать вопрос придачу обратной силы ограничениям в публичных расходах. Ввиду широкой

дискреции суд не обнаружил по данному делу факта несоразмерности осуществляемых мер. Решение является коллегиальным.

### **Дело Какабадзе и других против Грузии (Решение от 02.10.2012, дело № 1484/07)**

Пять жалобщиков, являющихся гражданами Грузии, проживают в Тбилиси. Они являются членами НПО – «Института равноправия». 29 июня 2006 г. они принимали участие в акции протеста с целью поддержки двух собственников одной телекомпании, которым в тот день были предъявлены обвинения. Жалобщики были задержаны, а впоследствии арестованы. Грузинский суд счел их арест правомерным.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ч. 1 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность), ч. 1 ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) в связи с ч. 3б ст. 6 (Право на достаточное время и возможности для подготовки своей защиты) и ст. 11 (Свобода собраний и объединений), ст. 2 Дополнительного протокола №7 (Право на обжалование во второй инстанции приговоров по уголовным делам) Конвенции. Суд обязал Грузию к выплате каждому жалобщику по 6 000 евро. Решение является коллегиальным.

### **Дело Микишвили против Грузии (Решение от 09.10.2012, дело № 18996/06)**

Жалобщик, 1984 г. рождения, являющийся гражданином Грузии, проживает в Тбилиси. Он был задержан 29 октября 2005 г. полицией на улице во время акции протеста и приговорен за оказание сопротивления к полугодовому лишению свободы. Он заявлял, что подвергался нечеловеческому обращению в тюрьме и в полицейском участке, получив неоднократно ссадины и сотрясение мозга. Кроме этого, он жаловался на то, что данные факты были недостаточно исследованы.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае три факта нарушений ст. 3 (Запрещение пыток – нечеловеческое и унижительное обращение) Конвенции. Суд удовлетворил требование жалобщика о выплате ему компенсации за нематериальный ущерб в размере 12 000 евро. Решение является коллегиальным.

### **Дело Голошвили против Грузии (Решение от 20.11.2012, дело № 45566/08: Не обнаружено фактов нарушения ст. 3 – нечеловеческое и унижительное обращение Конвенции; коллегиальное решение)**

### **Дело Джанишвили против Грузии (Решение от 27.11.2012, дело № 35887/05)**

Жалобщик, 1962 г. рождения, являющийся гражданином Грузии, проживает в Тбилиси. В мае 2004 г. против него было начато предварительное следствие по обвинению в незаконном наличии незначительной дозы героина. В мае 2005 г. по делу был вынесен оправдательный приговор. Все это время жалобщик находился в предварительном заключении, срок которого постоянно продлевался согласно судебному определению. В мае 2005 г. против него началось второе предварительное следствие, в результате которого он ввиду незаконного приобретения и хранения большого количества героина был приговорен к 15 годам лишения свободы. Кроме этого, жалобщик обжаловал непривычную продолжительность предварительного заключения и условия самого заключения.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае относительно непривычной продолжительности предварительного заключения с мая 2004 г. по май 2005 г. факт нарушения ч. 3 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции. Компенсация составила 600 евро. Решение является коллегиальным.

### **Дело Ираклия Миндадзе против Грузии (Решение от 11.12.2012, дело № 17012/09)**

Жалобщик, 1955 г. рождения, является гражданином Грузии. Он был задержан в марте 2007 г., а в декабре 2007 г. приговорен к 12 годам лишения свободы за приобретение и наличие героина.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – нечеловеческое и унижительное обращение) Конвенции, поскольку жалобщику не оказывалась в тюрьме медицинская помощь. Суд удовлетворил требование жалобщика о выплате ему компенсации в размере 5 000 евро. Решение является коллегиальным.

### **Дело Байсуева и Анзорова против Грузии (Решение от 18.12.2012, дело № 39804/04)**

Жалобщики, соответственно 1979 и 1980 г. рождения, являются гражданами Российской Федерации, которые ввиду их чеченского происхождения нашли свое убежище в Тбилиси, получив статус беженцев. Во время спецоперации полиции они были задержаны и в течение трех часов находились в полицейском участке 7 декабря 2002 г. с целью установления личных данных российских граждан чеченского происхождения.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ч. 1 и 2 ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность) Конвенции. Каждый жалобщик получил компенсацию по 500 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Двалишвили против Грузии  
(Решение от 18.12.2012, дело № 19634/07)**

Жалобщик, 1984 г. рождения, проживает в Гвишти-би. Он был задержан в декабре 2005 г. за оказание сопротивления сотрудникам исполнительной службы, а впоследствии осужден. Он заявлял, что подвергся насилию со стороны трех полицейских. Жалобщика вынуждали дать «признательное показание» о нападении на водителя такси. Он жаловался, что данный инцидент на полицейском участке был неэффективно расследован.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – нечеловеческое и унижительное обращение) Конвенции, поскольку жалобщику не оказывалась в тюрьме медицинская помощь. Суд удовлетворил требование жалобщика о выплате ему компенсации за нанесенный ему нематериальный ущерб в размере 12 000 евро. Решение является коллегиальным.

**Дело Джеладзе против Грузии  
(Решение от 18.12.2012, дело № 1871/08:  
Нарушения ст. 3 (Нечеловеческое и  
унижительное обращение) Конвенции ввиду  
недостаточного оказания медицинской  
помощи в тюрьме относительно лечения  
гепатита («inadequate medical treatment»);  
компенсация: 5 000 евро; коллегиальное  
решение)**



## Споры, вызванные в Грузии прекращением трудового договора по инициативе работодателя на основании статей 37 I Г и 38 III трудового кодекса (на примере споров 2007-2012 годах, возникших ввиду увольнения работника)

### I. Введение

Вслед за либеральной экономической политикой,<sup>2</sup> в 2006 году парламент Грузии принял новый Трудовой кодекс, который заменил трудовой кодекс образца 1973 года, принятый в Грузинской ССР.<sup>3</sup> Трудовой кодекс Грузии (ТКГ)<sup>4</sup> создал своего рода пространство для «свободного» действия участников трудовых отношений. Урегулированный рынок труда, упрощенный порядок расторжения трудового договора и упразднение инспекции труда, как и следовало ожидать, оказались проигрышными для более слабой стороны – работника. В июне 2013 года была проведена реформа Трудового кодекса. Согласно пояснительной записке к проекту, реформа была устремлена на сбалансирование интересов работодателей и работников. Итоги поправки и их влияние на права трудящихся будут оцениваться позже. Настоящий обзор подготовлен на основании норм либерального Трудового кодекса действующего в 2007-2012 годы и существующей по этому вопросу судебной практики.

#### 1. Статистические показатели

Вышеуказанный Трудовой кодекс, который назвали одним из самых враждебных по отношению к работнику законов<sup>5</sup> (ограничение прав работников, упрощение порядка освобождения от работы, разгон забастовок (напр., незаконный разгон забастовки рабочих Кутаисского металлургического завода

в 2011 году) и т.д.), на первый взгляд, должен был актуализировать защиту поправных прав судебным путем. Чтобы создать представление, сравним динамические показатели<sup>6</sup> общих судов по поступившим в 2007-2012 годах гражданским делам и процентное соотношение среди них трудовых споров:

год / дело	2007	2008	2009	2010	2011	2012
всего гражданских	26 812	19 958	22 612	31 167	33546	33 279
отсюда трудовых	625	533	613	761	586	735
труд. споры %	2,33%	2,67%	2,71%	2,44%	1,75%	2,21%

Для наглядности коснемся также административных дел, следующих из трудовых отношений. Так, например, в 2010 году в суд поступило 973 дела, что составляет 36,84% споров о законности административно-правовых актов и 7,89% – административных дел, поступивших в суд в течение всего 2010 года. В 2011 году на рассмотрение в суд поступило в связи с трудовыми отношениями всего 643 дела, что составило 26,93% споров о законности административно-правовых актов и 3,85% поступивших в суд административных дел за весь 2011 год.

#### 2. Тематика трудовых споров

Как в гражданских, так и в административно-трудовых своих спорах граждане обращались в суд по большей части после освобождения от работы, и предметом спора наиболее часто являлись восстановление на рабочем месте и возмещение вынужденного прогула. Та тенденция, что работники воздерживались от обращения в суд за защитой собственных прав до тех пор, пока трудовые отношения были в силе, наверное, знаменательна и обусловлена опасением освобождения работника работодателем безо всяких условий и предварительного предупреждения.

В прошлом году были актуальны также следующие требования:

- требование возмещения вреда, нанесенного здоровью в период выполнения обязанностей (во всем объеме споров, после споров о восстановлении на работе и возмещении вынужденного прогула, наиболее часто в суд обращались с указанным требованием);
- требование выдачи денежной компенсации взамен неиспользованного отпуска;
- освобождение от работы по причине ликвидации /реорганизации/ учреждения;

<sup>1</sup> Магистр права (Триер, Германия), докторант факультета права Триерского университета

<sup>2</sup> Papava, Vladimir, The Political Economy of Georgia's Rose Revolution, Orbis 2006, Volume 50, Issue 4, pp. 657–667

<sup>3</sup> Закон Грузии N3132-лс, 2006г, изменив статус в 2010 году, превратился в Органический Закон Грузии N4113-рс, 2010 г.

<sup>4</sup> В Трудовом кодексе, и здесь и впоследствии, имеются ввиду законы как 2006, так и 2010 годов, до поправки 12.06.2013, если в тексте не обозначено что-либо иное.

<sup>5</sup> Jobelius, Matthias, „Wirtschaftsliberalismus in Georgien – Verspielt die Regierung durch eine marktradikale Politik den Anschluss an Europa?“ Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2010, S.5 ff;

<sup>6</sup> www.idfi.ge, а также <http://www.supremecourt.ge>

- требование возмещения морального вреда по причине дискриминационного отношения работодателя и др.

### 3. Предмет обзора

Как уже было сказано, наиболее частыми среди трудовых споров были требования о восстановлении на рабочем месте и возмещении прогулов. Среди них, в свою очередь, выделялись споры, вызванные односторонним расторжением договора работодателем с применением статей 37 I г и 38 III Трудового кодекса.<sup>7</sup> Основной темой настоящего обзора является существующая по этому вопросу судебная практика.

## II. Тенденции решения споров, возникших ввиду освобождения работника на основании статей 37 I г и 38 III Трудового кодекса

Статья 37 I Трудового кодекса рассматривает расторжение трудового договора как одно из средств прекращения трудовых отношений, наряду с истечением срока договора, нарушением стороной условий договора и другими основаниями. Согласно статье 38 III, договор может быть расторгнут по инициативе одной из сторон, вместе с тем, если эта сторона работодатель, она может незамедлительно расторгнуть договор и в виде компенсации возместить труд за один месяц. В Кодексе прямо не упоминаются какие-либо дополнительные условия в случаях расторжения договора таким путем, как, например, предварительное предупреждение работника, обоснование причины.

Как правило, по инициативе одной из сторон договора запись о расторжении договора в Кодексе воспринималась работодателями как право прервать договор с работником, если они считали это нужным, без основания и соблюдения срока.

При таких условиях, в случае освобождения от работы, единственным путем защиты собственных прав для освобожденного лица, разумеется, оставалось обращение в суд с требованием восстановления на работе и возмещения вынужденного прогула.

Знаменательно, что действующий Трудовой кодекс вообще не предусматривает возможностей восстановления лица на работе или возмещения вынужденного прогула.<sup>8</sup> Указанная возможность предусматри-

валась в старом Кодексе законов о труде (КЗОТ) (был утвержден в 1973 году; как Кодекс законов о труде Грузинской ССР был в силе до 2006 года), до упразднения действующей редакции которого освобожденное от работы лицо могло оспаривать основание для освобождения, а в случае удовлетворения его требования – восстановиться на рабочем месте и получить возмещение за период вынужденного прогула, во время которого оно вопреки собственной воле не имело возможности работать. Действующий Закон Грузии о публичной службе<sup>9</sup> также оставляет право за незаконно освобожденным служащим требовать незамедлительного восстановления и возмещения прогула и после изменений мая 2011 года – в размере не менее трехмесячного должностного оклада (см. статьи 112, 127 Закона).

После 2006 года подход суда к подобным спорам в основном развивался в двух направлениях:

С вышеупомянутой интерпретацией Закона со стороны работодателей по большей части соглашались суды как первой инстанции, так и апелляция. В большей части решений на основании статей 37 I г и 38 III разделялось мнение, что прекращение трудового договора возможно в условиях действительности договора и наличия простой воли работодателя, без предварительного предупреждения, поэтому суды отказывались от дополнительного рассмотрения справедливости основания для освобождения. Представим соответствующие примеры:

### 1. Суд первой инстанции

Гражданин обратился в Кутаисский городской суд с иском, где заявлял, что его освобождение работодателем по статьям 37 I г и 38 III ТКГ произошло без указания основания. Предмет спора представляли отмена административно-правового акта и возмещение вынужденного прогула. Городской суд не разделил суждение истца и отметил, что одним из оснований прекращения трудовых отношений, согласно статье 37 I г Кодекса, является именно расторжение трудового договора, а статья 38 III Кодекса специально закрепляла такое основание прекращения трудовых отношений, как расторжение трудового договора. Соответственно, по мнению суда, утверждение истца о том, что трудовой договор был расторгнут без основания, было алогично, так как упомянутые статьи представляли основание для расторжения и Кодекс не предусматривал указания на какое-либо дополнительное основание.<sup>10</sup>

стве Верховного суда Грузии.

<sup>9</sup> 1997, №1022 – 1с, по положению на 14 января 2013 года.

<sup>10</sup> Решение Кутаисского городского суда от 28.03.2007, см. в Определении бп-835-797 (к-07) Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии от 05.02.2008.

<sup>7</sup> Статьи 37 I г и 38 III (по положению на 14 января 2013 года) Трудового кодекса Грузии (2010 г.) представляют точный аналог статей 37 I г и 38 III Трудового кодекса 2006 года. Соответственно упомянутые в тексте статьи 37 I г и 38 III Трудового кодекса 2010 года также подразумевают статьи 37 I г и 38 III упраздненного в настоящее время Трудового кодекса 2006 года, если не устанавливается что-либо иное.

<sup>8</sup> Напр. сравните, Определение ад-873-1183-07 04.06.2008 Верховного суда Грузии; а также Решение Палаты по гражданским делам Кутаисского Апелляционного суда от 26 ноября 2007 года, Определение ад-87-367-08 01.08.2008 Палаты по гражданским, предпринимательским и делам о банкрот-

## 2. Апелляционный суд

С подобным требованием гражданин обратился в Тбилисский городской суд, жалуясь на предпринимателя. Суд первой инстанции частично удовлетворил требование истца, хотя противоположное мнение высказал Апелляционный суд, который рассматривал решение, обжалованное ответчиком в апелляционном порядке. В частности, суд счёл, что правовым основанием освобождения от службы работника была статья 37 I г Трудового кодекса. Дополнительно суд заострил внимание на пункте 2 статьи 30 Конституции Грузии и разъяснил, что в соответствии с указанным пунктом государство содействует и способствует развитию свободного предпринимательства и конкуренции, что подразумевает также право предпринимателя, исходя из его единственной и главной цели – получения прибыли, выбирать контрагента по своему усмотрению, начать и прервать трудовые отношения с лицом и т.д. На основании указанного рассуждения суд заключил, что работодатель как предприниматель, исходя из целей предприятия, имел право на основании статьи 37 I г Трудового кодекса в любое время прервать трудовые отношения с нанятым им лицом, а указание в приказе основания для освобождения не порождало какой-либо правовой результат.<sup>11</sup>

Справедливость требует отметить отдельные случаи, когда суды нижестоящих инстанций, хотя бы частично, не соглашались с укоренившейся интерпретацией. Например, рассматривая одно из дел, Апелляционный суд счёл, что, несмотря на Трудовой кодекс, который не предусматривает необходимость предупреждения работника при расторжении трудового договора, должен быть соблюден пункт 4 статьи 4 Европейской Социальной Хартии, и работника предварительно следовало предупредить, так как Хартия как соответствующий Конституции международный договор имеет преимущественную юридическую силу по отношению к внутригосударственным нормативным актам.<sup>12</sup>

Или, как уже отмечалось, подход судов первой инстанции, а также Апелляционного суда в основном развивался в этом направлении: суды признавали возможность расторжения трудового договора работодателем в одностороннем порядке, без предварительного предупреждения работника и указания причин, как право, однозначно данное законом работодателю. Исходя из указанного, суды не считали

необходимым рассматривать основание для расторжения договора.

## 3. Верховный суд

На первый взгляд, вышеупомянутая интерпретация указанных норм лишает смысла обращение в суд освобожденного лица. На определенном этапе вышеупомянутое мнение о праве работодателя разделял и Кассационный суд. Хотя в результате принятого в 2010 году определения общая картина изменилась<sup>13</sup> и возникло отличающееся от вышеуказанной практики видение. В вынесенном по делу Определении №ад-1261-1520-09 (23.03.2010 год) Палата по гражданским делам Верховного суда четко разъяснила следующее: требование статьи 2 VI Трудового кодекса о защите основных прав и свобод человека сторонами трудовых отношений обеспечивает право работника в случае прекращения по инициативе работодателя трудовых отношений быть информированным об этом и знать основание, ввиду которого происходит его освобождение от работы для того, чтобы в случае незаконности указанного основания осуществить защиту собственных прав. Вместе с тем Палата по гражданским делам Верховного суда категорически не согласилась с разъяснением статьи 37 I г Трудового кодекса как одностороннего права работодателя безо всякого основания освободить работника и разъяснила указанную норму в связи со статьей 30 I Конституции Грузии. В частности, Палата ВС установила, что указанная статья Конституции гарантирует свободу труда, которая, со своей стороны, подразумевает защиту прав государством по закону «слабой» стороны – занятого лица. Государство, которое по Конституции предоставило лицу свободу труда и признало международные нормы, регулирующие защиту прав работников (статья 4.4.(исправленная) Европейской Социальной Хартии 1961 г.,<sup>14</sup> статья 6 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, статья 22 Всеобщей Декларации прав человека 1948 г.), также должно заботиться о праве на защиту занятости, для обеспечения которого должно создать соответствующий правовой режим. Статья 37 I г Трудового кодекса устанавливает результат обязательств-правовых отношений сторон, а не предпосылки, которые должны предшествовать наступлению результата. Соответственно, поскольку норма не устанавливает подобные предпосылки, отношения должны регулироваться нормами Гражданского кодекса согласно части второй статьи

<sup>11</sup> Решение Палаты по гражданским делам Тбилисского Апелляционного суда от 15 мая 2008 года, см. в Определении Палаты по гражданским, предпринимательским и делам о банкротстве Верховного суда, ад-697-917-08.

<sup>12</sup> Решение Тбилисского Апелляционного суда от 17 сентября 2007 года, см. в Определении Верховного суда Грузии от 10.06.2010, ад-911-1218-07.

<sup>13</sup> Заалишвили Вахтанг. Некоторые механизмы расторжения трудового договора, в сб. статей Трудового права, Тб., 2011, стр.11-33.

<sup>14</sup> Поскольку статья 24 Хартии, которая конкретно регулирует случаи прекращения занятости, не входит в перечень статей, признанных Грузией.

первой ТКГ. Верховный суд истолковывает те статьи Гражданского кодекса, которые упорядочивают основания расторжения договора.<sup>15</sup>

В определении Палаты по гражданским делам Кассационного суда от 22 октября 2012 года суд считает, что не может существовать абсолютного, неограниченного гражданского права и присвоенное Кодексом сторонам договора указанное право должно осуществляться правомерно. Даже в том случае, когда расторжение трудового договора работодателем происходит на основании упомянутых норм Кодекса, суд не должен допускать нарушения основных прав и свобод человека, гарантированных Конституцией Грузии. Для этого суд должен проверить правомерность осуществления права, оценить соответствующие обстоятельства и выяснить правомерность предъявленных сторонами требований.<sup>16</sup>

Таким образом, Верховный суд установил отличающийся от укоренившейся интерпретации подход в связи с порядком одностороннего расторжения трудового соглашения работодателем, хотя в то же время проблемным остается вопрос укоренения этого подхода в судах нижестоящей инстанции. В прошлые годы суды, как правило, не разделяли вышеприведенных доводов Верховного суда и в споре отдавали предпочтение решению в пользу работодателя.

#### 4. Конституционный Суд

После принятия нового Кодекса вышеуказанные нормы не раз становились предметом обсуждения Конституционного Суда. Так например, Вторая коллегия Конституционного Суда (Определение 2/1/456 от 7 апреля 2009 года) не удовлетворила иск гражданина о признании неконституционной статьи 37 I г Трудового кодекса. Суд разъяснил, что невозможно было рассуждать об указанной норме как о норме, устанавливающей своеволие в случае расторжения договора со стороны работника, так как «обжалованной нормой не упорядочен институт расторжения трудового договора, порядок и условия расторжения договора. Оспариваемая норма представляет часть перечня оснований прекращения трудовых отношений, а не норму, регулиющую расторжение трудового договора».

В конце представим одно из безуспешно закончившихся дел. 18 марта 2011 года Конституционный Суд рассмотрел поданный гражданином 11 ноября 2008 года конституционный иск (Дело №2/3/465). Предмет спора представляла конституционность статей 37 I г

и 38 III Трудового кодекса относительно пункта первого («Труд свободен») и пункта четвертого («Защита трудовых прав, справедливая оплата и безопасные, здоровые условия труда, трудовые условия несовершеннолетних и женщин определяются органическим законом») статьи 30 Конституции Грузии. Следует отметить, что в 2007 году вышеупомянутые пункты Конституции были истолкованы Конституционным Судом как конституционная гарантия права выбора, сохранения и уступки труда, а также права защиты от безработицы и такого регулирования, которое прямо предусматривает или дает возможность безосновательного, самовольного и несправедливого освобождения от работы.<sup>17</sup>

Прежде чем перейти к решению, рассмотрим динамику Трудового кодекса и пунктов 2 и 6 статьи 13 закона Грузии «О конституционном правопроизводстве» со дня обращения гражданином в Конституционный Суд до времени существенного рассмотрения дела. Конституционный иск был принят на существенное рассмотрение 9 июня 2009 года, к этому времени все ещё был в силе закон Грузии – Трудовой кодекс (2006). В результате конституционной реформы в 2010 году статус Трудового кодекса повысился, превратившись из Закона Грузии в Органический Закон Грузии, хотя содержание Кодекса фактически не изменилось, неизменным в том числе остался подпункт о расторжении трудового договора. Со времени принятия дела к существенному рассмотрению (2009) до существенного рассмотрения дела (2011) изменилась статья 13 VI закона Грузии «О конституционном правопроизводстве», в частности, сократилась старая редакция, согласно которой после момента принятия к существенному рассмотрению дела упразднение спорного акта или признание его утратившим силу не вызывали прекращения дела в Конституционном Суде, если дело касалось признанных Главой 2 Конституции прав и свобод человека, и сформировалась только как правомочие Конституционного Суда продолжать в таком случае производство и рассматривать соответствие вопроса Конституции «в том случае, если его решение имеет особое значение для обеспечения конституционных прав и свобод».

Несмотря на то что статья 30 I, VI входит в число признанных Конституцией Грузии основных прав и свобод человека, а также без учёта того факта, что к моменту рассмотрения спорные нормы действовали в неизменной редакции в имеющем статус органического закона Трудовом кодексе, Конституционный Суд не счёл нужным продолжить производство и рассмотреть вопрос соответствия упомянутых пунктов Трудового кодекса Конституции с тем, чтобы способствовать искоренению существующей на протяжении

<sup>15</sup> То же мнение об упомянутой норме Трудового кодекса выражает и определение №ад-138-113-2010 Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии от 20.07.2010 года.

<sup>16</sup> Номер Дела ад-1122-1053-2012, дата 22.10.12, Палата по гражданским делам Верховного суда, сходное – ад-545-513-2012, 5 октября 2012 года.

<sup>17</sup> Решение Конституционного Суда 2/2-389 от 26.10.2007.

лет неоднородной судебной практики. Суд заявил, что на момент существенного рассмотрения дела Трудовой кодекс (2006) вместе с оспариваемыми нормами был признан утратившим силу, поэтому он не применил данное законом право продолжить рассмотрение дела и заключил, что «не существовало правового основания для продолжения рассмотрения дела, которое определялось статьей 13 VI закона Грузии «О конституционном правопроизводстве», поэтому дело по вышеупомянутому иску было прекращено согласно статье 13 I закона Грузии «О конституционном правопроизводстве».

### III. Заключение

После его утверждения Трудовой кодекс Грузии – предмет постоянной критики не только в грузинских правовых кругах, но и в докладах международных организаций. Как уже было отмечено, так же часты споры и критика по поводу основной темы статьи – статей 37 I г и 38 III Трудового кодекса. Укоренившаяся этими статьями интерпретация, в первую очередь, наносит вред работнику, который для защиты собственных трудовых интересов вынужден включиться в длительный судебный процесс. В противном случае он вынужден примириться с решением работодателя и искать другую работу, где его право на труд также не будет защищенным.

Согласно статье 6 II Конституции Грузии, международный договор или соглашение, если он не противоречит Конституции или принципу конституционного соглашения, имеет преимущественную силу по отношению к внутригосударственным нормативным актам. Учёт указанного принципа судами нижестоящей инстанции, так же как принятие во внимание разъяснений Верховного суда могли внести значительный вклад в развитие судебного права и способствовать урегулированию неполноценно упорядоченных законом вопросов. Хотя это не снимает с повестки дня вопрос о необходимости внесения поправок в Трудовой кодекс.

С учетом всего вышесказанного и с целью искоренения неоднородных разъяснений норм права была ясна необходимость правового совершенствования указанных норм и приведения их в соответствие с Конституцией Грузии и международными договорами Грузии.

В июне 2013 года была проведена реформа Трудового права,<sup>18</sup> вследствие чего изменились и правила увольнения работника, в частности: 1) В новой редакции статья 37 устанавливает основания для прекращения трудового договора (Основаниями являются,

например: экономические обстоятельства, технологические либо организационные изменения, ввиду которых необходимо сокращение рабочей силы; несоответствие квалификации или профессиональных навыков и умений работника занимаемой им должности/выполняемой работе;). Не допускается прекращение трудового договора по другим основаниям, кроме оснований, предусмотренных пунктом первым статьи 37. 2) В соответствии со статьей 38 I,II, при прекращении работодателем трудового договора, работодатель обязан предупредить работника, направив ему предварительное письменное извещение. 3) В соответствии со статьей 38 VIII, в случае признания судом недействительным решения работодателя о прекращении трудового договора с работником, работодатель обязан восстановить на прежнем рабочем месте лицо, трудовой договор с которым был прекращен, или обеспечить его равноценной работой, либо выплатить ему компенсацию в размере, определенном судом. К тому же при вынужденном простое по вине работодателя работнику выплачивается заработная плата в полном размере (статья 32 I).

<sup>18</sup> Трудовой кодекс Грузии  
<[https://matsne.gov.ge/index2.php?option=com\\_idmssearch&view=docView&id=1155567&impose=parallelEnRu](https://matsne.gov.ge/index2.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=1155567&impose=parallelEnRu)>

Мариам Осипян<sup>1</sup>

## Мнение о решении по делу ООО “Мелтекс” и Месроп Мовсесян против Армении

### I. Введение

*В демократическом обществе право на свободу слова является ключевым. Данное право гарантируется как на национальном, так и на международном уровне. Согласно статье 10 Европейской Конвенции по правам человека, каждый имеет право свободно выражать свое мнение. Это право включает в себя свободу на выражение своего мнения и свободу на получение и распространение информации и идеи без какого-либо вмешательства со стороны публичных властей и независимо от государственных границ. Указанная статья не препятствует государствам осуществлять лицензирование радиовещательных, телевизионных или кинематографических предприятий.*

*С этой точки зрения крайне важно проанализировать Дело ООО “Мелтекс” и Месропа Мовсесяна против Армении, поскольку заявители – независимая вещательная компания и ее председатель – изначально заявляли, что имело место нарушение права на свободу слова и права на справедливое судебное разбирательство. ЕСПЧ, рассмотрев фактические обстоятельства дела, установил, что не было нарушено право на справедливое судебное разбирательство, но имело место нарушение права на свободу выражения мнения. Поскольку право на справедливое судебное разбирательство является сводной правовой нормой, которое определяется как “сжатый конспект того, что представляет из себя справедливое отправление правосудия”,<sup>2</sup> мы обсудим его более детально.*

### II. Фактические обстоятельства дела, национальное судебное разбирательство и исход индивидуальной жалобы, поданной в Европейский суд по правам человека

Компания-заявитель была основана в 1995 году, офис компании зарегистрирован в Ереване. Второй заявитель родился в 1950 году и проживает в Ереване. Второй заявитель начал заниматься телевидением в январе 1991 года, когда основал телекомпанию А1+, первую независимую телевизионную компанию в Армении. Изначально А1+ выступала в качестве собирателя, производителя и распространителя новостей и информации. Информация собиралась во всех районах Армении и передавалась во все районы Армении, а также зарубежным телевизионным компаниям через спутниковую связь. В 1994 году А1+ приобрела лицензированную государственную телевизионную частоту и вещала по данному каналу в определенное лицензией время. В 1995 году второй заявитель основал и зарегистрировал компанию. Компания-заявитель была создана как независимая вещательная компания вне рамок государственного контроля. Позднее второй заявитель создал телекомпанию А1+ в структуре компании-заявителя. 22-го января 1997 года Министерство связи выдало лицензию компании-заявителю, позволяющую установить телевизионный передатчик в Ереване и показывать на дециметровом канале свой телеканал А1+. Лицензия была выдана сроком на пять лет. В 2000-2001 гг. было изменено законодательство, регулирующее сферу телевидения и радиовещания. По Закону о телевидении и радиовещании, принятому в октябре 2000 года, был учрежден новый орган – Национальная комиссия по телевидению и радиовещанию (далее – НКТР) – уполномоченный лицензировать и контролировать частные теле- и радиокомпании. НКТР являлась государственным органом, состоящим из девяти членов, назначаемых президентом Армении. Закон о вещании предусмотрел новую процедуру лицензирования, согласно которой вещательные лицензии выдавались на основе конкурса, который проводила НКТР на основе списка свободных вещательных частот.

В течение 2001 года все существующие вещательные лицензии были временно перерегистрированы НКТР, до объявления соответствующих конкурсов. 3-го сентября 2001 года НКТР заменила лицензию компании-заявителя на новую лицензию. Новая лицензия была выдана для вещания в 37-м частотном диапазоне сроком до 22 января 2002 года. 23-го ноя-

<sup>1</sup> Практикующий адвокат, член Палаты адвокатов Армении, сотрудник по правовым вопросам в международной организации “World Vision” в Армении

<sup>2</sup> Статья J. Cremona, ‘The public character of trial and judgment in jurisprudence of the European Court of Human Rights’ в F. Matscher and H. Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gerard J. Wiarda* (Köln, 1990), стр. 107.

бря 2001 года НКТР приняла решение отложить объявление конкурса для 37-го частотного диапазона до принятия соответствующих норм и положений, но в то же время разрешила компании-заявителю вещать в 37-м частотном диапазоне в течение неопределенного времени.

28-го декабря 2001 года был принят Закон о регламенте Национальной комиссии по телевидению и радиовещанию (далее – Закон о регламенте НКТР).

С 2002 года было проведено несколько тендеров для частотных диапазонов. В частности, были проведены тендеры на получение 37-го, 25-го, 31-го, 39-го, 51-го, 3-го, 63-го и 56-го частотных диапазонов. Начиная с 1-го апреля 2002 года компания-заявитель предъявила иски в Суд по хозяйственным делам против НКТР, которые касались причин отказа вышеуказанных тендерных предложений. Суд по хозяйственным делам отклонил иски компании-заявителя как обоснованные. Почти во всех случаях обоснование отклонения было одним и тем же. Компания-заявитель обжаловала решение Коммерческого суда в Апелляционном суде, а также в Кассационном суде. Кассационный суд отклонил жалобу, дословно повторив формулировку Суда по хозяйственным делам и заключив, что:

“В данных обстоятельствах аргументы, приведенные в апелляционной жалобе и касающиеся вопросов права, необоснованны, поскольку они были подробно опровергнуты в выводах, представленных в решении Суда по хозяйственным делам”.

Данная ситуация повторялась при каждом судебном разбирательстве, которое касалось отклонения тендеров на различные частотные диапазоны.

Исходя из этого, 27-го августа 2004 года ООО “Мелтекс” и его председатель г-н Месроп Мовсисян подали иск против Республики Армения в ЕСПЧ на основании статьи 34-ой Конвенции о защите прав и основных свобод человека. Заявители просили Суд установить, что были нарушены их права, оговоренные в статьях 6 и 10 Конвенции, а также в статье 14, в системной связи со статьями 6 и 10. Суд не признал право второго заявителя предъявлять иск. Рассмотрев фактические обстоятельства дела, Суд представил следующие суждения, касающиеся нарушений прав, предусмотренных Конвенцией.

### **1. Предполагаемое нарушение статьи 6 Конвенции**

Компания-заявитель представила жалобу о том, что в случае с обеими сериями судебных разбирательств в национальных судах последние не пришли к обоснованным вердиктам. Более того, в процессе судебного разбирательства по делу тендерного процесса по 63-му частотному диапазону Суд по хозяй-

ственным делам нарушил принцип равенства сторон. Компания-заявитель руководствовалась параграфом 1 статьи 6 Конвенции, который в отношении данного вопроса гласит:

«Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях ... имеет право на справедливое ... разбирательство ... судом...”

Касательно приемлемости требования признать нарушение прав Суд повторно подчеркнул, что параграф 1 статьи 6 обязывает суды представлять основания своих решений, но данное положение не может быть понято как требование представлять детальный ответ на любой аргумент. Рамки применения данной обязанности представлять основания могут различаться, исходя из сути решения.<sup>3</sup> Таким образом, принимая во внимание прецедентное право Суда, последний посчитал данную часть заявки, очевидно, необоснованной и отклонил ее в соответствии с § 3 и 4 статьи 35 Конвенции.

### **2. Предполагаемое нарушение статьи 10 Конвенции**

Компания-заявитель представила жалобу о том, что непредоставление лицензии на вещание является ограничением свободы выражения мнения и нарушением положений статьи 10 Конвенции, согласно которой каждый имеет право свободно выражать свое мнение. Для установления факта нарушения права, предусмотренного статьей 10, Суд должен был ответить на следующие вопросы:

1. Имело ли место вмешательство в свободу компании-заявителя передавать информацию и идеи?
2. Было ли вмешательство оправданным?

Рассмотрев факты дела и проведя параллели с предшествующим прецедентным правом, сформированным Судом, последний установил, что соответственно имело место нарушение положений статьи 10 Конвенции.

### **3. Предполагаемое нарушение статьи 14 Конвенции в системной связи со статьями 6 и 10 Конвенции**

В заключении компания-заявитель представила жалобу о том, что решения НКТР и внутригосударственных судов были политически мотивированными. Компания-заявитель утверждала, что НКТР не являлась независимым и непредвзятым органом, поскольку все 9 ее членов были назначены президентом Армении.<sup>4</sup> Компания-заявитель исходила из статьи 14, в системной связи со статьями 6 и 10 Кон-

<sup>3</sup> См. «Мелтекс» против Армении, Решение ЕСПЧ от 17 сентября 2008 года, & 87.

<sup>4</sup> Там же, & 94

венции, которая в отношении данного вопроса предусматривает:

“Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку...политических или иных убеждений...”

Суд указал, что компания-заявитель не поднимала вопроса о предполагаемой политической дискриминации и о методе назначения членов НКТР в своем иске, направленном во внутрисударственные суды. На основании этого Суд нашел данную часть заявки, очевидно, необоснованной в понимании § 3 статьи 35 и отклонил ее в соответствии с § 4 статьи 35 Конвенции.<sup>5</sup>

В дополнение к вышеуказанным требованиям заявитель потребовал возмещения материального и нематериального ущерба на основании статьи 41 Конвенции. С точки зрения материального ущерба, Суд считает, что иски по упущенной выгоде имеют теоретическую сущность (см., в числе других, вышеупомянутое Дело *Informationsverein Lentia and Others*, § 46, и вышеупомянутое Дело *Radio ABC*, § 41). Более того, Суд не находит причинную связь между установленным нарушением и предполагаемым материальным ущербом, связанным с простым оборудованием. Что касается упущенного дохода по контракту, то данный иск выходит за рамки настоящего спора, поскольку касается предполагаемых нарушений при проведении конкурса по частоте 37 или любой возможный ущерб, причиненный в результате данного тендера. Как указывалось выше, данный вопрос рассматривается Судом в рамках другого иска, представленного компанией-заявителем и зарегистрированного под номером 37780/02. На основании вышеуказанного Суд отклонил требования компании-заявителя по материальному ущербу.<sup>6</sup>

Кроме того, Суд вновь подчеркнул, что с целью эффективного применения прав, гарантированных Конвенцией, он должен иметь возможность назначать материальную компенсацию за нематериальный ущерб и коммерческим компаниям. В таких случаях необходимо принять во внимание репутацию компании, неопределенность в принятии решений и планировании, проблемы в управлении организацией (в случае которого нет точного метода подсчета последствий) и, в конце концов, разочарование и неопределенность, испытываемые членами команды менеджмента (см., *mutatis mutandis*, вышеупомянутое Дело *Comingersoll S.A* § 35). Суд считает, что неприменение НКТР критериев лицензирования во всех отдельно взятых случаях в соответствии со статьей 10 Конвенции, в частности, отказ предъявить причины повторяющихся отказов тендерных предложений ком-

пании-заявителя, не могло не причинить неудобств директорату компании-заявителя, и эти неудобства не могут быть компенсированы простой констатацией факта нарушения (см., *mutatis mutandis*, там же, § 36; и вышеупомянутое Дело *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)*, § 57). Исходя из этого, Суд на справедливой основе принял решение удовлетворить иск компании-заявителя по компенсации нематериального ущерба в размере 20 тысяч евро.<sup>7</sup>

### III. Компоненты права на справедливое судебное разбирательство и их применение к данному делу

Одна из наиболее важных концепций, изложенных в Европейской Конвенции, – это гарантирование права на справедливое судебное разбирательство, которое предусмотрено статьей 6 Конвенции.

Статья 6 является сводной правовой нормой, которая определяется как “сжатый конспект того, что представляет из себя справедливое отправление правосудия.”<sup>8</sup> Права, защищенные статьей, занимают центральное место в системе Конвенции. Справедливое судебное разбирательство, в равной степени в случае с гражданскими и уголовными делами, является составляющим элементом идеи верховенства закона и частью общего наследия согласно преамбуле договаривающихся сторон.<sup>9</sup>

Право на справедливое судебное разбирательство имеет несколько составляющих, которые будут рассмотрены более детально.

#### 1. Доступность суда

Суд впервые признал данное право по Делу *Голдера* в 1975 году.<sup>10</sup> Четко применив метод интерпретации «действенных прав», Суд постановил, что детальные гарантии справедливого судебного разбирательства, предусмотренные статьей 6, не будут иметь смысла, если, в первую очередь, нет возможности начать судопроизводство. С целью гарантии права на справедливое судебное разбирательство каждому должна быть обеспечена доступность суда.

#### 2. Эффективность судопроизводства

В свете права на справедливое судебное разбирательство следует рассмотреть еще один аспект – эффективность судопроизводства. Связанная с принци-

<sup>5</sup> Там же, & 95

<sup>6</sup> Там же, & 102

<sup>7</sup> Там же, & 105

<sup>8</sup> Статья J. Cremona, ‘The public character of trial and judgment in jurisprudence of the European Court of Human Rights’ в F. Matscher and H. Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gerard J. Wiarda* (Köln, 1990), стр. 107.

<sup>9</sup> Clare Ovey, Robin C.A. White, *The European Convention on Human Rights* (4th ed. Oxford University Press, 2006), at 158

<sup>10</sup> *Golder v. United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18; (1979-80) 1 EHRR 524.



пом доступности суда действенность окончательного вердикта суда является еще одним основополагающим аспектом верховенства закона.

Неисполнение решений по гражданским делам, кажется, является эндемической проблемой большинства стран Восточной Европы, в частности, по тем делам, в которых, по постановлению суда, должником является государство и имеется множество решений, установивших нарушение положений статьи 6 на этом основании.<sup>11</sup>

Право на эффективное судопроизводство предполагает, что, после того как решение по гражданскому делу или оправдание по уголовному делу стало окончательным и обязательным, не должно существовать риска отмены данного решения. Многие бывшие коммунистические страны сохранили в своих процессуальных кодексах право официального государственного лица, например прокурора, вносить особую апелляцию в любое время.<sup>12</sup>

### 3. “Равенство сторон”

“Равенство сторон” или процессуальное равенство является следующей важной концепцией в рамках справедливого судебного разбирательства. Впервые это упоминается в Деле *Neumeister*,<sup>13</sup> и с этого момента является элементом статьи 6(1). Данная концепция требует справедливого баланса между сторонами и применима как к гражданским, так и к уголовным делам.<sup>14</sup> В данном деле заявители утверждали наличие данного компонента, но Суд вновь подтвердил, что внутригосударственные суды имеют наилучшую позицию для оценки относимости доказательств к спорным вопросам данного дела. Более того, статья 6, как правило, оставляет на усмотрение внутригосударственных судов оценку необходимости вызывать свидетелей (см., в числе других, *Vidal v. Belgium*, Решение от 22 апреля 1992 г., Series A no. 235-B, § 33; и *Wierzbicki v. Poland*, no. 24541/94, § 45, 18 июня 2002).

<sup>11</sup> Среди многочисленных примеров, см. *Hornsby v. Greece* (App. 18357/91), Judgment of 19 March 1997; (1997) 24 EHRR 250; *Burdov v. Russia*, (App. 59498/00), Judgment of 7 May 2002; (2004) 38 EHRR 639; *Jasuniene v. Lithuania*, (App. 41510/98), Judgment of 6 March 2003; *Shmalko v. Ukraine*, (App. 60750/00), Judgment of 20 July 2004; and *Popov v. Moldova* (App. 74153/01), Judgment of 18 January 2005. In *Pini, Bertani, Manera and Atripaldi v. Romania*, (Apps. 78028/01 and 78030/01), Judgment of 22 June 2004; (2005) 40 EHRR 312, Суд установил нарушение в том, что государство не предприняло действий для приведения приговора в исполнение, который требовал от частного детского дома передать детей их приемным родителям.

<sup>12</sup> См., например, *Brumarescu v. Romania*, (App. 28342/95), Judgment of the Grand Chamber of 28 October 1999; (2000) 33 EHRR 862; *Ryabykh v. Russia*, (App.52854/99), Judgment of 24 July 2003; (2005) 40 EHRR 615.

<sup>13</sup> *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Series A, No. 8; (1979-80) 1 EHRR 91.

<sup>14</sup> *Steel and Morris v. United Kingdom*, (App. 68416/01), Judgment of 15 February 2005; (2005) 41 EHRR 403; & 59 решения.

### 4. Разумный срок

Из содержания статьи 6 становится ясно, что каждый имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок. Заявители могли представить иск о нарушении данного компонента права на справедливое судебное разбирательство и могли бы выиграть дело, но не сделали этого.

### 5. Обоснованные решения

Обоснованные решения являются последней темой обсуждения в рамках права на справедливое судебное разбирательство. Наряду с тем, что обоснованное решение не является очевидным требованием статьи 6, оно является подразумеваемым требованием справедливого судебного разбирательства дела, которое было признано Европейским судом.<sup>15</sup> Если Суд представляет обоснования, тогда *prima facie* требования статьи 6 в этом отношении удовлетворены, и эта презумпция не нарушена исходя из простого допущения, что решение специально не обращается к одному вопросу, который заявитель считает существенным. С другой стороны, если, например, заявитель указал бы, что суд проигнорировал существенный аргумент защиты, который был четко представлен заявителем и который, если бы был принят, мог частично или полностью освободить его от ответственности, тогда это было бы достаточным основанием для опровержения презумпции справедливого судебного разбирательства.<sup>16</sup>

В итоге, соответствие конкретным положениям, определенным в статье 6, не может отдельно гарантировать того, что имело место справедливое судебное разбирательство. Невозможно в общих чертах установить содержание справедливого судебного разбирательства, поскольку данный вопрос может рассматриваться только в контексте целостного судопроизводства, включая все апелляционные судебные разбирательства.<sup>17</sup>

## IV. Основания для подачи иска в ЕСПЧ

Перед тем как обсудить основания для обращения в ЕСПЧ в конкретном случае, важно рассмотреть общие основания для обращения в ЕСПЧ. Во-первых, заявитель должен быть “жертвой нарушения”. Крите-

<sup>15</sup> *Van de Hurk v. Netherlands*, Judgment of 19 April 1994, Series A, No. 288; (1994) 18 EHRR 481, пар. 61 решения. См. также *Ruiz-Torija v. Spain*, решение от 9 декабря 1994, Series A, No. 303-A; (1994) 19 EHRR 553; и *Hiro Balani v. Spain*, решение от 9 декабря 1994, Series A, No. 303-B; (1994) 19 EHRR 566.

<sup>16</sup> Clare Ovey, Robin C.A. White, *The European Convention on Human Rights* (4th ed. Oxford University Press, 2006), at 158

<sup>17</sup> *Fedje v. Sweden*, решение от 26 сентября 1991, Series A, No. 212-C; (1994) 17 EHRR 14; *Kostovski v. Netherlands*, решение от 20 ноября 1989, Series A, No. 166; (1990) 12 EHRR 434.

рии “жертвы нарушения” и приемлемости представлены в статьях 34 и 35 Конвенции.

Согласно статье 34, Суд может принимать жалобы от любого физического лица, любой неправительственной организации или любой группы частных лиц, которые утверждают, что явились жертвами нарушения их прав одной из высоких договаривающихся сторон, признанных в настоящей Конвенции или в Протоколах к ней. Высокие договаривающиеся стороны обязуются никоим образом не препятствовать эффективному осуществлению этого права.

Статья 35 Конвенции предусматривает, что Суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты, как это предусмотрено общепризнанными нормами международного права, и в течение шести месяцев с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу.

В данном конкретном деле заявители имели основания для обращения в ЕСПЧ, поскольку одним из критериев приемлемости является *ratione materiae* (обстоятельства дела). В соответствии с обстоятельствами дела, иск в ЕСПЧ может быть представлен, если было нарушено одно из прав, предусмотренных Конвенцией. В данном случае было нарушено право на свободу выражения мнения, предусмотренное статьей 10. Суд также установил, что имело место нарушение права заявителя, предусмотренного статьей 10.

## V. Регулирование вопроса в странах Южного Кавказа

### 1. Армения

Во время слушания данного дела Конституция Армении гарантировала право каждого на свободу выражения мнения. Статья 27 Конституции Армении предусматривает, что каждый имеет право на свободное выражение своего мнения. Запрещается принуждение человека к отказу от своего мнения или к его изменению. Каждый имеет право на свободу слова, включая и свободу поиска, получения и распространения сведений и идей через любые средства информации, независимо от государственных границ. Свобода средств информации гарантируется. Государство гарантирует наличие и деятельность независимых общественных радио и телевидения, предлагающих многообразие передач информационного, образовательного, культурного и развлекательного характера.

Согласно статье 28 Закона о телевидении и радиовещании Армении, общественная телерадиокомпания руководствуется в своей деятельности принципами объективности, демократии, беспристрастности и обеспечивает свободу слова и творчества.

### 2. Грузия

Конституция Грузии была принята в 1995 году. Статья 19 предусматривает следующее:

1. Каждому человеку гарантируется свобода слова, мнения, совести, вероисповедания и убеждений.
2. Запрещается преследование лица в связи с использованием им свободы слова, мнений, совести, вероисповедания и убеждений, а также принуждение человека к высказыванию своего мнения по поводу этих свобод.
3. Запрещается ограничение перечисленных в данной статье свобод, если их проявление не ущемляет прав и свобод других лиц.

Более того, свобода выражения мнения и свобода слова также изложены в Законе о вещании Грузии. В частности, статья 1 Закона гласит:

1. Настоящий Закон в соответствии с принципами свободы слова и мнения и свободного предпринимательства определяет порядок осуществления вещания, порядок и функции создания независимых регулирующих органов в сфере вещания, условия регулирования, порядок и процедуры лицензирования деятельности в этой сфере.
2. Целями настоящего Закона являются: формирование общественного вещания, независимого от государственного вмешательства; регулирование деятельности в сфере вещания в соответствии с принципами прозрачности, справедливости и беспристрастности посредством независимых регулирующих органов; обеспечение свободы слова и мнения, стимулирование конкурентной среды между вещателями, равноправия и независимости владельцев лицензии, эффективного использования частот.

### 3. Азербайджан

Конституция Азербайджанской Республики была также принята в 1995 году. В Азербайджане свобода выражения мнения гарантируется на уровне Конституции. В частности, согласно статье 47:

- I. Каждый обладает правом на свободу мысли и слова.
- II. Никого нельзя принудить обнародовать свои мысли и убеждения или отказаться от своих мыслей и убеждений.
- III. Не допускаются агитация и пропаганда, возбуждающие расовую, национальную, религиозную и социальную рознь и вражду.

Кроме того, Закон об общественном телерадиовещании Азербайджана определяет, что цель общественного телерадиовещания – это подготовка достоверной по содержанию, сбалансированной ин-

формации, направленной на обеспечение общих интересов населения Азербайджанской Республики, как общества в целом, так и отдельных его слоев в социальной, научной, образовательной, культурной, развлекательной и других сферах, на отражение свободы мысли и слова, различных взглядов и убеждений, распространение указанной информации в соответствии с современными техническими стандартами и стандартами качества, уважая достоинство, права и свободы личности и основываясь на принципах этики.

## VI. Возможное влияние данного решения на практику

С точки зрения правоприменения свободы выражения мнения, решение по *Делу «Мелтекс»* имеет большое влияние на страны Южного Кавказа, а также данное решение важно для остальных стран. В частности, значение решения ЕСПЧ заключается в том, что оно является ключевым прецедентом для тех стран, где, даже при условии законодательного регулирования свободы слова, существуют проблемы на практике.

Даже в такой демократической и развитой стране, как США еще существуют проблемы, касающиеся реализации свободы выражения мнения. И неудивительно, что Верховный Суд США считает, что данная свобода является «матрицей, обязательным условием почти любой другой формы свободы». Без нее другие основные свободы, такие как избирательное право, увянут и исчезнут.

Необходимо упомянуть, что в рамках Европейского Союза реализована программа, которая называется «Содействие свободе, профессионализму и плюрализму СМИ на Южном Кавказе и Молдове». Общей целью совместной программы ЕС/СЕ «Содействия свободе, профессионализму и плюрализму СМИ на Южном Кавказе и Молдове» является помощь в разработке правовых и институциональных гарантий для свободы выражения мнения, более качественной журналистики и плюралистической расстановки сил в сфере СМИ в соответствии со стандартами Совета Европы и относящихся к деятельности как традиционных, так и новых СМИ. Данный факт свидетельствует о том, что в данной сфере еще существуют практические проблемы.

## VII. Заключение

Рассмотрение вышеуказанной информации позволяет сделать вывод, что свобода выражения мнения является одной из опор демократии. На пути построения демократии в стране каждое государство, в первую очередь, должно гарантировать свободную реализацию данной свободы на практике. Несомненно,

каждая демократическая страна предусматривает в собственном законодательстве гарантии данной свободы, но в результате тщательного исследования вопроса мы можем обнаружить, что искусственные положения не имеют смысла, поскольку никак не влияют на практику. Как разумно заметил Межамериканский суд по правам человека, «...Это требует, с одной стороны, чтобы никто не был произвольно ограничен или чтобы никому не препятствовали в выражении собственных мыслей. С этой точки зрения это право, принадлежащее каждой личности. Его второй аспект, с другой стороны, предполагает коллективное право получать любую информацию и иметь доступ к мыслям, высказанным другими... В социальной плоскости свобода выражения является средством обмена идеями и информацией между людьми и СМИ».<sup>18</sup>

Итак, давайте создадим реальное демократическое общество, которому никогда не понадобится защищать основные права человека, поскольку они никогда не будут нарушаться.

<sup>18</sup> Обязательное членство в ассоциации предписанное законом для занятия журналистикой, консультативное заключение, ОС-5/85 от 13 ноября 1985 года, Series A, No. 5, параграф 30-2.

## Странная судьба одного иска

### I. Обстоятельства дела

Общество с ограниченной ответственностью «А» было учреждено пятью учредителями вначале в 1992 году, затем перерегистрировано в январе 1996 года. 15 марта 1996 г. один из учредителей Д.Д. вносит заявление о выходе из общества и заявляет о том, что не будет иметь в будущем никаких (финансовых) претензий по отношению к партнерам общества. Решением собрания партнеров от 15 марта 1996 г. Д.Д. исключен из должности директора общества. 4 апреля 1996 г. по заявлению общества «А» произведена перерегистрация общества, согласно которой Д.Д. не значится более в списке учредителей общества и доли в обществе перераспределены между оставшимися учредителями. Соответствующие изменения вносятся и в предпринимательский реестр.

В 2008 году – т.е. через 12 лет – Д.Д. вносит в суд иск о признании протокола собрания партнеров от 15 марта 1996 года недействительным и восстановлении его в качестве учредителя общества «А», а также восстановлении его доли в обществе. На суде он отрицает подписание им заявления от 15 марта 1996 г. о выходе его из общества. Суд запрашивает экспертизу по поводу подлинности его подписи на указанном заявлении. В результате экспертизы подтверждается подлинность подписи Д.Д.

Ответчик – общество «А» – не признает иск с указанием на просроченность требования и законность регистрации исключения Д.Д. из общества.

В результате трех инстанций и пяти судебных решений Д.Д. выиграл суд и был восстановлен в своих правах учредителя общества и владельца 20% в имуществе общества...

### II. Правовая оценка

Задачей суда было в принципе выяснить два основных вопроса: первый – вопрос об исковой давности требования и второй – в случае, если исковая давность не будет признана истекшей – вопрос об обоснованности иска – в данном случае обоснованности требования о признании незаконным исключения истца из общества и восстановления его прав в нем.

Вопросы исковой давности отрегулированы в п. 1 статьи 15 Закона о предпринимателях Грузии<sup>2</sup> (действующая до 26 марта 2008 версия), согласно которой общий срок предъявления претензий составляет 5 лет с момента их возникновения, если законом не предусмотрено иное, а также в п. 2 ст. 15, согласно которому решения собрания партнеров, общего собрания, или наблюдательного совета могут быть обжалованы в течение двух месяцев после составления протокола решения.

Более общим образом отрегулирован вопрос исковой давности в статье 130 Гражданского кодекса Грузии, согласно которой отчет течения срока давности начинается с момента возникновения требования, либо с момента, когда лицо узнало, или должно было узнать о возникновении требования.

Согласно неоспоримым фактам Д.Д. собственноручно написал заявление о выходе из общества, в результате чего он и был исключен из общества и 4 апреля 1996 года в предпринимательском реестре Вакинского районного суда был зарегистрирован новый устав общества А., согласно которому Д.Д. уже не является учредителем общества и его доля перераспределена между другими партнерами. Если предположить, что Д.Д. в 1996 году не осознал происшедшего факта его исключения из общества или не получил точного подтверждения этого факта, тем не менее, следует предположить, что в течение 12 лет он имел бесконечное количество возможностей, удостовериться в своем статусе. Не существует никаких доказательств того, что он в течение всего этого времени – до декабря 2007 года – каким-то образом принял участие в деятельности общества, учредителем которого по собственному утверждению он все это время являлся. Т.е. тот факт, что во все последующие годы Д.Д. не знал об его исключении из общества, свидетельствует лишь об его дезинтересе по отношению к вопросу членства в обществе «А» и о том, что он не знал этого по собственному упущению (об этом см. подробнее ниже III.1.1)). Таким образом, согласно всем существующим в грузинском законодательстве нормам касательно сроков давности предъявления требований и существующим в деле бесспорным фактам, требование Д.Д. просрочено как в смысле ст. 15 Закона о предпринимателях Грузии, так и в смысле ст. 130 Гражданского Кодекса Грузии.

Даже если бы требование не было просрочено, с учетом имеющихся обстоятельств суд мог бы применить институт потери действительности требования, который, к примеру, имеет широкое применение в

<sup>1</sup> Эксперт Центра международной миграции и развития, советник Института публичного управления при Тбилиском государственном университете

<sup>2</sup> Закон Грузии о предпринимателях, Тбилиси, 2002, с. 31

судебной практике Германии («Verwirkung»<sup>3</sup>). Он основывается на общем принципе добросовестности в гражданском обороте из § 242 Германского Гражданского Уложения, которой соответствует ст. 361 Гражданского кодекса Грузии и аналогичного толкования норм гражданского права в процессе многолетней судебной практики и предполагает потерю действительности требования, если кредитор не будет предъявлять свое требование в течение долгого времени, в результате чего должник может исходить из того, что требование не будет предъявлено и в будущем<sup>4</sup>. Основой данного правового института является несоответствующее принципу добросовестности в гражданском обороте противоречивое поведение кредитора – «venire contra factum proprium» – в данном случае бездействие Д.Д. и непредъявление им требования в течение **многих лет**. Моментом отсчета мог бы быть принят момент исключения Д.Д. из числа партнеров в результате регистрации изменений в обществе. Проверка судом действия этого принципа также могла бы привести к заключению о том, что Д.Д. и на этом основании утерял право предъявления данного требования.

В принципе на этом и должно было быть завершено рассмотрение дела судом и следующий вопрос по поводу действительности решения собрания партнеров вовсе не должен был быть подвергнут изучению.

## 2. Исключение партнера из общества

Собрание партнеров от 15 марта 1996 года приняло решение об исключении Д. Д. из директоров общества, что подтверждается протоколом собрания. 4 апреля 1996 года партнеры общества обратились в суд Вакинского района с заявлением о регистрации изменений в уставе общества на основании протокола собрания партнеров и заявления Д. Д. об исключении его из состава партнеров общества. Суд зарегистрировал изменение устава общества, согласно которому Д. Д. уже не является учредителем и партнеров общества и его доля перераспределена между другими партнерами.

Тут надо отметить, что существует два протокола собрания от 15 марта 1996 года: первый, который находился в материалах реестра, содержит в себе только лишь исключение Д. Д. из директоров и назначение нового директора, второй, представленный партнерами общества, свидетельствует о решении собрания по поводу исключения Д. Д. также из числа партнеров общества. Интересно, что сам Д. Д. в своем иске требует признания именно этого – «второго» – протокола недействительным, по которому

его исключили из партнеров общества, что, очевидно, свидетельствует о том, что данный протокол ему известен и таким образом сам косвенным образом подтверждает его подлинность.

## III. Судебные решения

### 1. Решение суда первой инстанции

Суд первой инстанции<sup>5</sup> удовлетворил иск «частично»: он не удовлетворил требование о признании протокола об исключении Д.Д. из общества от 15 марта 1996 г. недействительным, но удовлетворил его требование об восстановлении его в учредителях общества и владельца 20% в капитале общества.

Суд в своем обосновании ссылается на то, что не соблюдены нормы Закона о предпринимателях Грузии (редакция, действующая до 26 марта 2008 г.) в вопросах выхода партнера и отчуждения доли – а именно, хотя партнер и заявил о своем желании выйти из общества и не иметь никаких материальных претензий по отношению к остальным партнерам общества, тем не менее, это волеизъявление не вызывает «автоматически» выход партнера из общества. Непонятно, о каком автоматизме идет речь, когда известно, что 3 апреля произошло нотариальное подтверждение этого заявления Д.Д., а на следующий день внесение остальными партнерами заявления в регистрационный суд – т. е. принятие изъятия воли и впоследствии регистрация Вакинским судом изменений в уставе общества, согласно которым Д.Д. уже не является партнером общества и его доля перераспределена между остальными партнерами. Основаниями со ссылкой на статьи 47.3 и 46.3 Закона о предпринимателях называются:

1. Что существующий – «первый» протокол собрания партнеров содержал только лишь исключение Д.Д. из директоров, а не из учредителей и поэтому этот протокол не мог быть основанием для исключения его из общества и внесения соответствующей записи в реестре;
2. Что не существовало специального договора между партнерами об отчуждении. Суд считает, что отчуждение доли должно осуществляться только на основании решения собрания партнеров и при наличии соответствующего договора об отчуждении. А поскольку нет ни того ни другого, то исключение Д.Д. и перераспределение его доли произошло с нарушением закона.

Статья 46.3 Закона о предпринимателях действительно предусматривает, что отчуждение доли – что означает как правило заключение соответствующего договора, – должно подтверждаться нотариально.

<sup>3</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, § 242, Rdnr. 87

<sup>4</sup> См. также Хайн Бёлинг, Ладо Чантурия, Метод работы судьи в гражданском процессе, Тбилиси 2003, с. 174, сноска 16

<sup>5</sup> Решение Тбилисского городского суда № 2/1158-2010 от 30.09.2010

Суд не пожелал рассмотреть исключение партнера из общества во взаимодействии с собственноручным заявлением Д.Д. в качестве исполнения его воли. Далее суд пространно, на двух страницах, аргументирует несостоятельность перераспределения доли партнера между другими партнерами с приведением норм предпринимательского и гражданского права и приходит в конце концов к выводу, что, поскольку не существовало нотариально засвидетельствованного договора между партнерами об уступке доли и ее конкретном перераспределении между партнерами, то состоявшаяся сделка по уступке и распределению доли является недействительной. Хотя, даже на основании приведенных судом и самим истцом фактов, складывается с нашей точки зрения совершенно ясная картина существующей на момент регистрации ситуации:

- 1) Д.Д. не хочет быть в обществе «А» (этого не хотят и остальные партнеры) и не хочет больше иметь ничего общего с ним, это свое желание он выражает в письменной форме в своем заявлении от 15 марта 1996 года – которое, как устанавливается позже в порядке апелляционной инстанции, было подтверждено нотариально 3 апреля 1996 года – т.е. за день до внесения партнерами заявления в суд с требованием изменения устава;
- 2) Это выражение воли принимается партнерами, поскольку они совместно вносят указанное заявление в суд,
- 3) Все названные действия можно рассматривать в качестве совместного договора партнеров «А» по поводу изменения устава общества – а именно исключения партнера Д.Д. из общества и перераспределения его доли.
- 4) И, наконец, суд, осуществляющий регистрацию, очевидно, признал все представленные документы соответствующими требованиям и внес соответствующие изменения в устав общества.

Истец ни в какой момент времени не упоминает о том, что было какое-либо принуждение по отношению к нему или к регистрационному суду, либо какие-то другие действия со стороны партнеров, что могло бы лечь в основу рассуждений о неправомерности их действий.

Только после рассмотрения вопросов действительности исключения Д.Д. из общества из-за соблюдения формальных предпосылок, начинает суд рассматривать вопрос об исковой давности. В принципе весь свой иск Д.Д. основывает на утверждении о том, что он не знал о том, что был исключен из общества «А», поскольку он никогда не вносил заявления о выходе его из числа партнеров общества и подпись под заявлением от 15 марта 1996 года (которое было нотариально подтверждено 3 апреля 1996 г.) сде-

лана не им – и соответственно является подделкой. Конечно, только при этом условии может здравомыслящий человек заявлять о том, что он не знал о совершенном факте. Однако, сделанная по инициативе суда экспертиза подтвердила подлинность подписи Д.Д., что должно означать, что вся его исковая аргументация потеряла почву, поскольку утверждение, на котором она строилась, оказалось ложным. Таким образом, как доказано, Д.Д. сам высказал в письменной форме желание выйти из общества, и, конечно – даже если он в последствии не проследил за тем, осуществилось ли на самом деле конкретно его исключение из общества с соблюдением всех формальностей – он должен был исходить из того, что оно осуществилось, или, в случае сомнения, по крайней мере, удостовериться в том, что, несмотря на его заявление, его тем не менее оставили партнером общества и владельцем доли в нем.

Даже если бы не произошло однозначного подтверждения подписи Д.Д. под заявлением и даже если все действия по исключению его из общества, перераспределению доли и регистрации изменений в реестре были бы осуществлены с нарушением формальных предпосылок, тем не менее – с учетом всех существующих сроков исковой давности, а также принципа презумпции верности записей реестра – очень трудно себе представить, что по прошествии 12 лет возможно будет каким-то образом логически обосновать утверждение, что данное требование не просрочено. Единственной возможностью для продления срока оспаривания было бы с нашей точки зрения наличие условий статей Гражданского кодекса 81-84 Грузии (заключение сделки путем обмана) или 85-89 (заключение сделки путем принуждения) – и соответственно применение срока для оспаривания такой сделки, который составляет один год с момента, когда лицу стало известно о причинах оспаривания. Однако, как уже отмечалось выше, никаких подобных утверждений по поводу обмана истец не предъявлял.

Удивительным образом, суд тем не менее – несмотря на то, что подтвердилось, что Д.Д. собственноручно изъявил желание о выходе из общества и отказался от всех претензий – пытается конструировать обоснование для того, чтобы представить требование не утерявшим исковой силы. Суд аргументирует, что Д.Д. не должен был сам узнавать, числится ли он все еще в партнерах общества «А» и что он в своей налоговой декларации в 1999-2000 годах указывал на свое членство в обществе «А», что по мнению суда свидетельствует о том, что он не знал о том, что он уже таковым не являлся (вопрос о том, почему он не указывал на свое членство в декларациях 1996-1998 гг. судом, по-видимому, вовсе не обсуждался). Приво-

дится также аргумент, что Д.Д. не требовал выплаты ему дивидендов в течение всего этого времени, поскольку общество не имело прибыли, что также по мнению суда свидетельствует в пользу истца. В конце концов суд утверждает, что отчет течения исковой давности должен начаться 28 марта 2008 года – т. е. в день, когда Д.Д. получил ответ на свой запрос на имя директора общества «А» по поводу созыва собрания, в котором ему сообщают, что он не числится в партнерах общества.

Таким образом, суд полностью удовлетворяет иск истца, а «частичность» удовлетворения выражается лишь в том, что суд не удовлетворяет его требования о признании «второго» протокола собрания от 15 марта 1996 года недействительным, поскольку «в признании его недействительным не существует юридического интереса истца». На самом деле, истцу должно быть абсолютно все равно, будет ли признан этот протокол действительным или недействительным – признание этого протокола недействительным ему нужно было только для достижения своей цели – восстановления его в качестве партнера – а эту цель он достиг и без протокола...

## 2. Решение апелляционного суда от 14 февраля 2011 г.<sup>6</sup>

Апелляционный суд оставил решение городского суда неизменным и в своем обосновании попытался подкрепить аргументацию суда первой инстанции следующими утверждениями:

- 1) Суд утверждает, что поскольку Д.Д. подписал свое заявление о желании выхода из числа партнеров от 15 марта 1996 года в присутствии нотариуса лишь 3 апреля, то неверно утверждение ответчика о том, что изменение устава осуществилось на основании решения собрания – как утверждают партнеры общества. В то же время представитель самого общества указывал на то, что изменение устава осуществилось на основании заявления Д.Д. Данное «противоречие» играет для суда по всей видимости очень важную роль и используется им в качестве весомого аргумента против ответчиков.
- 2) Вторым важным подспорьем для аргументации решения первой инстанции является утверждение апелляционного суда о том, что поскольку заявление Д.Д. о желании выхода его из числа партнеров общества и от отказа от всех претензий по отношению к ним направлено на имя регистрационного суда, а не на имя общества, то это волеизъявление не направлено на приемника воли и поэтому не было принято другой сто-

роной, и в результате подобное волеизъявление не является действительным.

- 3) В части исковой давности апелляционный суд практически повторяет аргументацию городского суда и лишь заявляет дополнительно, что бремя доказывания просроченности иска возлагается на ответчика и что «только лишь тот факт, что истец обратился в суд с заявлением о выходе его из партнерства общества, не обязывало его, осуществлять систематический контроль реестра, и устанавливать, не повлекло ли его заявление каких-либо изменений в его статусе, поскольку сделанное им волеизъявление не было сделано по отношению к правомочному лицу, и поэтому он и не был обязан ждать каких-либо последствий.»<sup>7</sup>. Тут следует отметить, что нигде, ни в одном тексте судебных решений по данному делу не находится аргументации истца о том, что поскольку его заявление не было направлено уполномоченному лицу, поэтому он исходил из того, что он все еще является партнером и поэтому не проверял реестр – напротив, он ведь вообще оспаривал существование этого заявления и свою подпись под ним. Тут суд выступает ему на подмогу и по своей инициативе «помогает» ему в данном аргументировании, игнорируя при этом принцип диспозитивности. Получается, что Д.Д. как бы «пошутил» и сам не воспринимал серьезно собственного заявления и не ждал от него каких-либо результатов, хотя он сам его еще и подтвердил нотариально через две недели после написания...

## 3. Решение кассационного суда от 09.06.2011 г.<sup>8</sup>

Палата по гражданским делам Верховного суда Грузии в своем решении от 9 июня 2011 года удовлетворила кассационный иск «частично», аннулировала решение апелляционного суда и вернула его на повторное рассмотрение обратно в апелляционный суд.

Кассационная палата отметила, что согласно ст. 412 Гражданского процессуального кодекса Грузии<sup>9</sup> дело возвращается на повторное рассмотрение в том случае, если «... обстоятельства дела установлены с такими нарушениями, что в результате этих нарушений принято неправильное решение по делу и необходимо дополнительное рассмотрение обстоятельств дела»<sup>10</sup>.

Свое решение кассационный суд обосновывает следующим образом:

<sup>7</sup> С. 24 указанного Решения

<sup>8</sup> <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>, по состоянию на 05.05.2013

<sup>9</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_ldmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_ldmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge), по состоянию на 05.05.2013

<sup>10</sup> С. 16 указанного Решения

<sup>6</sup> Решение Тбилисского апелляционного суда №26/3897-10

- 1) Апелляционный суд не рассмотрел надлежащим образом т.н. второй протокол собрания от 15 марта 1996, существование которого никем не оспаривалось. Кассационная палата разделяет мнение кассаторов и считает, что ненахождение в реестре этого протокола не означает его недействительности и указывает апелляционному суду на необходимость более подробного рассмотрения этого вопроса.
- 2) Кассационная палата не согласна с апелляционным судом в вопросе о том, что выражение воли Д.Д. по поводу его выхода из числа партнеров общества, выраженное по отношению к регистрационному суду, недействительно, и отмечает, что апелляционный суд должен рассмотреть тот факт, что заявление Д.Д. в суд от 15 марта 1996 г. о выходе его из общества, также т.н. «первый» протокол собрания партнеров от 15 марта 1996 г. и также заявление партнеров о внесении изменений в устав подтверждены в один и тот день – 3 апреля, одним и тем же нотариусом и поэтому все эти обстоятельства следует рассматривать в едином контексте. Кроме того, в деле не существует никаких свидетельств о том, что воля, выраженная Д.Д., каким-то образом была отвергнута или не принята другой стороной.
- 3) И наконец, кассационная палата указывает апелляционному суду на необходимость повторного рассмотрения вопроса об исковой давности и повторяет утверждение апелляционного суда о том, что бремя доказывания просроченности иска лежит на ответчике.

#### 4. Второе решение апелляционного суда

Апелляционный суд (в том же составе) в своем решении от 11 октября 2011 года<sup>11</sup>, оставляет свое решение неизменным.

Для справки: статья 412 Гражданского процессуального кодекса Грузии («Возвращение дела в апелляционный суд») в своей части 2 устанавливает: «... в качестве основания для решения кассационный суд представляет свою правовую оценку, учет которой является обязательным для апелляционного суда...».

Итак, апелляционный суд должен был по указанию Кассационного суда изучить дополнительно 3 вопроса (см. выше III.3) и либо изменить свою позицию, либо обосновать ее правильность.

По вопросу 1) – действительность и роль второго протокола собрания – суд снова повторяет свой аргумент о том, что Д.Д. подписал свое заявление о выходе из общества в качестве партнера лишь 3 апреля – и снова пространно излагает свой тезис о том, что

это заявление не могло быть основой для решения собрания от 15 марта. Добавляется лишь то, изъяснение, что в протоколе написано, что Д.Д. исключили потому, что он не справлялся со своими обязанностями, а не по его собственному желанию, хотя по всем обстоятельствам дела очевидно, что налицо были эти оба основания.

Приводится утверждение, что 3 апреля нотариальные действия были осуществлены в такой последовательности, что подпись под заявлением партнеров в суд по поводу регистрации изменений устава заверена перед подписанием Д.Д. его заявления о выходе из общества – т. е. до выявления воли Д.Д. Однако, суд не доказывает никоим образом это свое утверждение и не объясняет, каким образом он установил эту последовательность: весь все эти действия совершились в один день у одного и того же нотариуса. Непонятно, каким образом суд установил последовательность подтверждения нотариусом подписей. Суд тут не учитывает например возможность последующего согласия согласно статье 101 Гражданского кодекса Грузии, по которой «Последующее согласие (одобрение) действует с момента совершения сделки, если не установлено иное», что можно и следовало бы применить по отношению к последующему подписанию Д.Д. своего заявления о желании выхода из общества в качестве партнера.

Ведь очевидно, что на тот момент – 3 апреля 1996 г. – все партнеры, в том числе и Д.Д. одобрили факт выхода его из общества. Тем более, что по ст. 47.7 Закона о предпринимателях Грузии «Созыв собрания необязателен, если все партнеры письменно соглашались с рассматриваемым вопросом».

По вопросу 2) – по поводу недействительности волеизъявления – суд практически снова повторяет свое утверждение о том, что воля не была направлена на «уполномоченное лицо» и подкрепляет это ссылкой на статью 51 Гражданского кодекса. Дословная формулировка первой части статьи 51 гласит: «Выражение воли, которое требует принятия воли другой стороной, считается действительным с момента, когда она дойдет до другой стороны». Как видим, тут речь идет только о том, что воля должна стать известной другой стороной – даже не требуется выраженного подтверждения стороной принятия воли. Тем более нет тут требования о том, что воля должна быть обязательно направлена на другую сторону. В данном конкретном случае общества «А» мы не просто можем исходить из того, что волеизъявление Д.Д. дошло до партнеров общества «А», мы знаем, что оно дошло до них и что они приняли его. Апелляционная же палата призывает на помощь даже часть вторую статьи 51.2 («Волеизъявление не считается действительным, если до его получения или одновременно с

<sup>11</sup> Решение Тбилисского апелляционного суда № 26/2036-11



ним другая сторона откажется от него») и утверждает, что поскольку Д.Д. направил свое заявление в суд, а не на имя общества, то следует считать, что другая сторона отказалась от принятия волеизъявления и поэтому оно недействительно...

По вопросу 3) касательно исковой давности – апелляционная палата также только лишь повторяет свою аргументацию из предыдущего решения и снова ссылается на декларации 1999 и 2000 годов, заполненные Д.Д., в которых он указывает на свое членство в обществе «А». И снова никоим образом не опровергаются аргументы стороны ответчика, которая утверждает, что Д.Д. в налоговой декларации 1999 года указывает в качестве своего членства в «А» 1992-1996 годы, и снова не рассматривается вопрос, почему в предыдущих декларациях Д.Д. не указывал на свое членство в обществе.

Итак, апелляционный суд практически не внес каких-либо новых доказательств или новых более веских аргументов в пользу обоснования своего решения от 14 февраля 2011 года и тем не менее оставил его неизменным – т.е. практически проигнорировал установление статьи 412 Гражданского процессуального кодекса<sup>12</sup> об обязательности для апелляционного суда правовой оценки кассационного суда.

### 5. Окончательное решение Кассационного суда

И снова решение было опротестовано и вошло в кассационный суд. Кассационная палата (в том же составе, только теперь под председательством другого члена палаты) в своем решении от 28.02.2012 за № АС-1791-1768-2011<sup>13</sup> снова приводит на 12 страницах обстоятельства дела и аргументации сторон, а также обоснование апелляционного суда и принимает решение о недопустимости кассационного иска и обосновывает это тем, что дело не было рассмотрено с такими нарушениями процессуальных норм, которые в результате могли бы привести к неправильному решению по делу. Получается, что дело было отправлено сначала обратно в апелляционный суд, потому что оно было рассмотрено с нарушениями, а после принятия апелляционным судом повторно того же решения – без какого-либо значительного изменения его обоснования – кассационная жалоба не принимается с обоснованием, что дело не было рассмотрено с нарушениями. На этом дело и завершается – решение палаты окончательное и обжалованию не подлежит.

## IV. Вместо заключения

После изучения всех пяти судебных решений всех трех инстанций остается непонятным, почему судом были приняты отчасти непонятные и противоречивые решения по приведенным выше правовым вопросам. Возможно, существуют определенные мотивы справедливости, которые побудили судей всех трех инстанций взять Д.Д. под свою защиту и искать пути оправдания его требований, отчасти игнорируя при этом не только принцип состязательности гражданского процесса, но и обычные законы логики. Однако, эти мотивы невозможно вычитать в приведенных судебных решениях...

Следует сделать еще одно замечание: в первой же инстанции по поручению суда независимая экспертиза установила, что отрицаемая Д. Д. подпись под заявлением, которое в принципе является центральным документом дела, на самом деле принадлежит ему. Тут имеет место совершенно очевидно попытка обмана суда стороной. В статье 370 Уголовного кодекса Грузии<sup>14</sup> предусматривается уголовная ответственность при даче ложных показаний свидетелем, составлении заведомо неправильной экспертизы экспертом, или при сознательно неправильном переводе переводчиком. Статья 145-2 Гражданского Процессуального кодекса Грузии<sup>15</sup> предусматривает обязанность дачи соответствующих правде сведений и уголовную ответственность свидетеля, при даче им заведомо ложных показаний. Ответственности для стороны, в случае попытки обмана ею суда – как это предусмотрено например § 263 Уголовного кодекса Германии, в грузинском законодательстве нет. Однако, разумеется, следует исходить из того, что так же, как и свидетель, эксперт и переводчик, и сторона, пытающаяся ввести суд в заблуждение и нарушающая принцип дачи правдивых сведений, должна нести ответственность.

В судебной практике Германии, к примеру, имеется достаточное количество дел, когда судья гражданского процесса передавал данные в прокуратуру в случае обмана стороной суда. В данном деле, однако, ни одна из трех инстанций этого не сделала, хотя во всех пяти решениях суда в обязательном порядке упоминается результат проведенной экспертизы подписи Д.Д. и подтверждение ложности его утверждения. Данный факт упоминается как обычное явление и не влечет для истца никаких негативных последствий ни в данном гражданском деле, и ни в рамках уголовно-правовой ответственности.

<sup>12</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge), по состоянию на 05.05.2013

<sup>13</sup> <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>, по состоянию на 05.05.2013

<sup>14</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_idmssearch&view=docView&id=16426&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=16426&lang=ge), по состоянию на 05.05.2013

<sup>15</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge), по состоянию на 05.05.2013

## **Более проактивный Европейский суд по правам человека? Общие и индивидуальные меры по нарушениям статьи 6(1) ЕКПЧ – дело «Александр Волков против Украины» (жалоба №21722/11). Решение суда от 9 января 2013 года**

### **I. Введение**

В недавнем Деле «Волков против Украины» Европейский суд по правам человека (Суд) сослался на один из основных элементов статьи 6 ЕКПЧ – принцип независимого и беспристрастного суда. В рассматриваемом деле истец Александр Волков являлся судьей Верховного суда Украины. Он был освобожден со своего поста дисциплинарным органом судебной власти Украины – Высшим Советом Юстиции (ВСЮ) в силу определенных процессуальных нарушений, как утверждают, сделанных им, когда он еще занимал должность. Вначале два члена Высшего Совета Юстиции провели предварительное расследование поведения истца и впоследствии представили ходатайство перед Высшим Советом о его освобождении от должности в силу «нарушения клятвы» и определенного числа процессуальных нарушений. В мае 2010 года ВСЮ представил свое ходатайство в Парламент об освобождении истца от его должности. Парламентский комитет принял рекомендацию, предлагавшую освободить истца от должности, которая была рассмотрена на пленарном заседании законодательного органа в июне 2010 года. И, наконец, парламент Украины принял резолюцию об освобождении господина Волкова от занимаемой должности из-за «нарушения клятвы».

Истец внес решение о своем освобождении от должности на рассмотрение в Высший Административный суд (ВАС), апеллируя тем, что определенное число процессуальных гарантий было нарушено в рамках дисциплинарных процедур, проведенных против него. Кроме всего, он также оспаривал, что Высший Совет Юстиции «не действовал независимо и беспристрастно» (& 29). Однако, Высший Административный суд пришел к мнению, что господин Волков был освобожден от должно-

сти «в силу нарушения основополагающих стандартов профессии судьи» (&34), предусмотренных в законе Украины от 1992 года О статусе судей. ВАС не согласился с мнением истца, согласно которому важные процессуальные гарантии были нарушены при вынесении решения по его делу в Высшем Совете Юстиции.

Господин Волков подал иск в Европейский суд по правам человека, сообщив, что его права, гарантированные ЕСПЧ, были нарушены. В частности, он утверждал, что его право на независимый и беспристрастный суд, гарантированное статьей 6 (1), нарушено.<sup>1</sup> Суд пришел к заключению, что статья 6 нарушена, и вынес решение предпринять индивидуальные и общие меры для исправления данного нарушения. Согласно мнению Суда, украинский судья должен быть восстановлен в должности судьи Верховного суда. Кроме того, украинское государство обязано принять общие (законодательные) меры, которые представляются необходимыми для устранения определенных институциональных недостатков в судебной системе, которые послужили причиной нарушения статьи 6 Конвенции. Таким образом, Суд определил, что процедуры, проводимые перед ВСЮ, были несправедливыми – не наблюдалось никакого временного ограничения для начала дисциплинарных процедур против судьи Верховного суда, и это обусловило юридическую неопределенность в данном случае. Более того, Суд подверг сомнению соответствие состава Совета и его полномочий принципу независимого и беспристрастного суда на основе статьи 6 Конвенции.

Рассмотренное дело может обладать особой значимостью и для грузинских юристов. Принцип независимости и беспристрастности судей остается в центре внимания правовых кругов в Грузии (и других южнокавказских государств), а также под постоянным наблюдением группы государств и международных организаций, вовлеченных в текущие трансформационные процессы в регионе.<sup>2</sup> Для улучшения структуры судебной системы и обеспечения ее независимого и эффективного функционирования согласно принципу разделения властей были проведены национальные

<sup>1</sup> Статья 6 (1) гласит: «Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

<sup>2</sup> Для примера, см. доклад комиссара Совета Европы по правам человека Томаса Хаммарберга от 30 июня 2011 года, CommDH (2011)22. См. недавний проект поправок в закон Грузии Об общих судах: Европейская Комиссия за демократию через право, поправки в Основной Закон Грузии Об общих судах и пояснительный доклад, CDL-REF(2012)045, 17 декабря 2012 года. О недавней миссии г-на Хаммарберга в Грузию, см. <http://www.radiotavisupleba.ge/content/tomas-hamarbergismisia/24919604.html>; см. также <http://www.radiotavisupleba.ge/content/veneciis-komisiiis-daskvna/24922908.html>;

реформы и приняты международные рекомендации.<sup>3</sup> Однако, сохраняющиеся институциональные деформации, а также продолжающаяся угроза политического вмешательства в деятельность судебных органов остаются проблемой.<sup>4</sup> Нынешние дебаты в Грузии о реформировании Высшего Совета Юстиции сами доказывают данный довод.<sup>5</sup>

С одной стороны, этот маленький вклад имеет цель расширить защитные полномочия Европейского Суда по Правам Человека, а с другой стороны, извлечь определенные выводы для судебной власти в Грузии относительно ее будущего структурно- и институционального развития.

## II. Позиция Суда по Делу Волкова

На основе вышеприведенных фактов Суд рассмотрел соответствующий национальный закон (статьи 56-77) и стандарты Совета Европы (пункты 78-80) о независимом и беспристрастном суде.<sup>6</sup> Следующим шагом Суда стало рассмотрение предполагаемого нарушения пункта 1 статьи 6 Конвенции (пункты 83-159), который гласит следующее: «Каждый... имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела... независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона». При рассмотрении вопроса о независимом суде на основе статьи 6 (1) Суд сослался на свое хорошо сформированное прецедентное право<sup>7</sup> и решил рассмотреть вкпе тесно связанные между собой концепции независимости и беспристрастности судов (пункт 107). Во-первых, Суд изучил вопрос, успешно ли прошли государственные органы, рассматривающие дело истца, тест на независимость и беспристрастность, как это предусмотрено в юриспруденции ЕСПЧ. На первом этапе внутренних дисциплинарных процедур эти органы включали

Высший Совет Юстиции (ВСЮ), который представил ходатайство в парламент об освобождении истца от должности судьи (пункты 109-117), а также парламентский комитет, составивший и представивший рекомендацию, в которой он просит исключить участие истца в пленарной сессии парламента (&& 119-122). Суд также рассмотрел вопрос, действовал ли Высший Административный суд в качестве независимого и беспристрастного суда, как это предусмотрено Конвенцией (&& 123-131), при рассмотрении решения об освобождении истца от должности.

Обозначив свои правовые и аналитические рамки, Суд, в первую очередь, изучил состав ВСЮ и отметил, что обе ветви власти – исполнительная и законодательная – назначают большинство из 20 членов данного органа; из тех 16 членов, которые выносят решение по делу истца, только трое являются судьями. По мнению Суда, это пошло вразрез с принципом независимого и беспристрастного суда. Кроме того, Суд указал, что некоторые члены ВСЮ «продолжают свою трудовую деятельность вне ВСЮ... которая неизбежно обуславливает их материальную, иерархическую и административную зависимость от их главных работодателей и подвергает тем самым сомнению их независимость и беспристрастность» (&113). Министр юстиции и генеральный прокурор являются членами Совета ввиду их должности. В данном контексте Суд сослался на мнение Венецианской Комиссии,<sup>8</sup> которая считает, что присутствие генерального прокурора в проблематике ВСЮ создает угрозу беспристрастности суда (&114).<sup>9</sup> Суд также подверг сомнению беспристрастность членов ВСЮ, которые проводили предварительное расследование и впоследствии участвовали в процедуре освобождения от должности (& 115).

Далее Суд отметил возможную личную предвзятость со стороны председателя парламентского правового комитета, который также являлся членом ВСЮ (&116). Суд заключил, что «Факты данного представления раскрывают определенное число вопросов, указывающих как на структурные недостатки в процедурах перед ВСЮ, так и на наличие личной предвзятости со стороны определенных членов ВСЮ, определяющих дело истца». В результате процедуры

<sup>3</sup> Для примера, см. киевские рекомендации по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии по адресу <http://www.osce.org/node/73487> См. Бангалорские принципы поведения судей, ECOSO 2006/23.

<sup>4</sup> В 2011 году комиссар Совета Европы по правам человека выразил свои «замечания относительно подхода, с помощью которого члены Высшего Совета Юстиции, назначаемые президентом и парламентом, могут блокировать назначения членов судебной власти, пользуясь своим правом вето». Он отметил, что «Необходимо больше сделать для того, чтобы обеспечить политическую независимость Высшего Совета Юстиции на практике». Доклад комиссара Совета Европы по правам человека Томаса Хаммарберга от 30 июня 2011 года, CommDH(2011)22, пункт 35.

<sup>5</sup> «Будет ли создан новый Совет Юстиции?», Эхо Кавказа, 7.3.2013, «Хаммарберг поможет исправить системные ошибки», Эхо Кавказа, 5.3.2013.

<sup>6</sup> Суд также сослался на компаративное исследование независимости судебной власти, проведенное Институтом Макса Планка по компаративному публичному и международному праву (пункты 81-2); Аня Сейберт-Фор (ред.), Независимость судебной власти в переходный период, Гейдельберг, 2012 год.

<sup>7</sup> По этому вопросу см. Аластер Моубрей. Европейская Конвенция по Правам Человека – дела, материалы и комментарии, Oxford University Press (третье издание), 2012 год, с. 344-471.

<sup>8</sup> Венецианская Комиссия активно вовлечена в нынешние дебаты в Грузии об укреплении независимости судебной власти.

<sup>9</sup> См. также Киевские Рекомендации, пункт 9, согласно которому члены дисциплинарных органов «во время своего членства в комиссиях не должны выполнять другие функции в отношении иных судей или судейского сообщества, в том числе связанные с администрированием, бюджетом или отбором судей. Органы, занимающиеся вопросами судейской дисциплины, не должны контролироваться исполнительной властью и на их работу не должно оказываться никакого политического воздействия. Следует избегать любого контроля исполнительной власти над судебными советами или иными органами, уполномоченными решать дисциплинарные вопросы».

ВСЮ не отвечали принципу независимости и беспристрастности согласно статье 6 (1) ЕКПЧ (& 117).

Затем Суд рассмотрел вопрос независимости и беспристрастности на парламентском этапе, который, по мнению Суда, «способствовал лишь политике процедуры и усилению несоответствия процедуры принципу разделения властей» (&118). Суд также подверг сомнению беспристрастность двух членов парламентского комитета, которые были вовлечены в оба этапа процедур. Возможности вывода этих членов из состава ВСЮ не было, и данный факт, по мнению Суда, указывал на «недостаток надлежащих гарантий соответствия процедур объективной беспристрастности» (&120). Суд отметил, что пленарное заседание парламента, на котором заключения ВСЮ и парламентского комитета были одобрены резолюцией, не стало «надлежащим форумом для рассмотрения вопросов по факту и праву, оценки доказательств и правовой квалификации фактов» (122).

Далее Суд рассмотрел вопрос о том, придерживался ли Высший Административный Суд, в который истец подал иск о нарушении своих процессуальных гарантий, принципов независимости и беспристрастности. В частности, Суд рассмотрел два вопроса: достаточность рассмотрения дела и требование независимости и беспристрастности на этапе рассмотрения. Суд отметил, что ВАС не имел полномочия отменять незаконные дисциплинарные решения и, соответственно, отдельные процедуры для восстановления в должности должны были быть проведены согласно судебной практике Украины. Таким образом, вопрос, касающийся юридических последствий, проистекающих из оглашения дисциплинарного решения как незаконного, остался открытым, создав большую неопределенность в данной области. Тем самым, дело было рассмотрено в недостаточном объеме (&126). Кроме того, Суд указал, что ВАС не оказал должного внимания аргументам истца относительно независимости и беспристрастности. Это вызвало вопросы, связанные с соответствием действий, при помощи которых ВАС пришел к данному решению, стандартам Конвенции (&127). ВАС не занимался вопросом соответствия закону процедуры голосования в парламенте и не рассматривал доказательство истца, представленное в Суд. Таким образом, рассмотрение дела было недостаточным и «не смогло нейтрализовать дефекты процессуальной справедливости, существующие на предыдущем этапе внутренних процедур» (&129).

Суд подверг сомнению независимость и беспристрастность судей ВАС, которые также были зависимы от больших дисциплинарных полномочий ВСЮ, принимая во внимания недостаток гарантий для независимости и беспристрастности данного дисципли-

нарного органа. Суду показалось неубедительным, что судьи ВАС в тех обстоятельствах (ВСЮ сам выступал стороной в процедурах) могли выполнить свои профессиональные обязательства независимым и беспристрастным образом (& 130).

Таким образом, Суд обнаружил нарушение статьи 6 (1) со стороны национальных органов, которые не смогли «обеспечить независимое и беспристрастное рассмотрение дела истца, и последующий пересмотр дела не внес коррективы в данный вопрос» (&131). Кроме того, Суд отметил отсутствие срока давности в деле применения дисциплинарного наказания ввиду «нарушения клятвы» судьей, которое повлияло на справедливость процедур. В результате, была нарушена статья 6 (1) ЕКПЧ. Суд также установил, что парламентское голосование об освобождении истца от должности, в котором большинство членов не участвовало, «подорвало принцип юридической определенности, нарушив при этом статью 6 §1 Конвенции» (&145). По мнению Суда, требование о «суде, созданном на основании закона», содержащееся в статье 6 (1), также было нарушено ввиду того, что палата ВАС, рассматривающая дело, не была создана и сформирована легитимным образом (156).<sup>10</sup>

Таким образом, Суд определил, что согласно статье 6 ЕКПЧ были нарушены следующие принципы процессуальной справедливости: принципы независимого и беспристрастного суда, юридическая определенность и право быть заслушанным судом, созданным на основе закона. Вдобавок, ЕСПЧ также отметил нарушение статьи 8 Конвенции (&160-187). Однако в данной статье не будет рассматриваться этот аспект дела, так как он больше нацелен на вопрос справедливого разбирательства дела.

Одним из самых интересных аспектов данного дела является указание Суда относительно общих и индивидуальных мер. Указывая на принятие общих мер со стороны Украины, Суд акцентировал внимание на следующем:

«Данное дело раскрывает серьезные системные проблемы касательно функционирования судебной власти Украины. В частности, нарушения, выявленные в ходе дела, говорят о том, что система судебной дисциплины в Украине не налажена должным образом, так как она не обеспечивает достаточное разделение судебной власти от других ветвей государственной власти. Кроме того, она не предусматривает надлежащих гарантий от злоупотребления и неправильного пользования дисциплинарными мерами

<sup>10</sup> Особая палата, рассматривавшая дело истца, должна была быть сформирована председателем суда. Однако, «пятилетний мандат председателя истек на тот срок», и «процедура назначения председателей судов не регулировалась внутренним законом» (пункт 152-3). Суд отметил, что «такой важный вопрос, как назначение председателей судов регулировался на уровне внутренней практики» (пункт 154).

в ущерб независимости судей, тогда как, последняя остается одной из самых важных ценностей, укрепляющей эффективное функционирование демократии» (&199).<sup>11</sup>

Меры, принятые Судом и «направленные на реформирование системы судебной дисциплины», имели широкий масштаб. С одной стороны, Суд отметил, что законодательные реформы необходимы для реструктуризации институциональной базы самой системы, с другой стороны, должны быть разработаны «надлежащие формы и принципы гармоничного применения внутреннего закона в данной области» (&200). Суд указал, что «законодательные шаги, упомянутые правительством, не решат проблемы систематических дисфункций в правовой системе» (&201), и отметил, что «Украина должна безотлагательным образом провести общие реформы в своей правовой системе» (&202) для устранения существующих структурных недостатков.<sup>12</sup>

Указывая на индивидуальные меры, Суд отметил, что «истец был освобожден от должности с нарушением фундаментальных принципов процессуальной справедливости, отраженных в статье 6» (&205). По мнению Суда, «освобождение истца – судьи Верховного Суда от должности... может быть рассмотрено как угроза независимости судебной власти в целом» (&205). В этом контексте Суд выдвинул вопрос о том, «какие индивидуальные меры будут самыми надлежащими, чтобы положить конец нарушениям, обнаруженным в данном деле» (&206). Суд не принял тот факт, что «Новое начало внутренних процедур будет надлежащей формой исправления нарушений прав истца. Нет оснований полагать, что дело истца будет рассмотрено уже в соответствии с принципами Конвенции в ближайшем будущем» (&207). Суд указал, что восстановление истца в должности судьи будет самой надлежащей формой индивидуальной исправительной меры, чтобы решить вопрос нарушений статей 6 и 8 Конвенции (&208). Он постановил, что «государство-ответчик обеспечит восстановление истца в должности судьи Верховного суда к самой ближайшей возможной дате» (&208). Суд принял решение компенсировать истцу 6000 евро в качестве нематериального ущерба (&214) и 12000 евро, покрывающих все расходы, связанные с процедурами (& 219).

Судья Юдживска представила сходное мнение, в котором она, скорее, отстаивала «проактивный» подход Суда, и отметила, что «Практика Суда относи-

тельно запрашивания индивидуальных и общих мер значительно прогрессировала... Сегодня Суд уже не колеблется в случае необходимости указать государству-ответчику на принятие большого спектра конкретных мер для гарантии полного соблюдения прав человека». Она подчеркнула: «Выбор того, каким образом следует выполнять решение Суда, остается за государством под контролем Комитета министров в случае обнаружения нарушения в самой сути дела, которое не оставляет другого выбора, кроме как принятие мер, требуемых для исправления». Она также выразила свое согласие с выводом большинства о том, что для исправления обнаруженных нарушений не оставалось другого реального выбора относительно индивидуальных мер.<sup>13</sup>

### III. Оценка и соответствие

Описанное дело выявило целый ряд важных вопросов, связанных с принципом независимого и беспристрастного суда. Оно также показало, что Суд становится более проактивным в деле использования своих коррекционных полномочий относительно внутренней структуры и функционирования судебной системы в странах-членах Конвенции.<sup>14</sup>

Согласно статье 41 Европейской Конвенции по Правам Человека, Европейский Суд по Правам Человека может лишь потребовать «справедливой компенсации» за нарушение прав, проистекающих из Конвенции.<sup>15</sup> Статья 46 Конвенции устанавливает обязательный характер решений Суда и наделяет Комитет министров полномочием контроля за исполнением решений.<sup>16</sup> В Конвенции не упоминаются другие полномочия Суда, чтобы указать любые конкретные или общие меры для исправления нарушения.<sup>17</sup> Однако, в своем прецедентном праве Страсбургский Суд ссылаясь на такое, скорее, ограничительное понимание своих коррекционных полномочий.<sup>18</sup> Сегодня Суд не колеблется при указании конкретных и общих мер

<sup>13</sup> В этом контексте она ссылаясь на прецедентное право Межамериканского Суда по Правам Человека, который указал на принятие таких индивидуальных мер по некоторым случаям.

<sup>14</sup> J. A. Frowein, *The Transformation of Constitutional Law through the European Convention on Human Rights*, 41 *Israel Law Review* (2008) стр. 489. H. Keller / A. Stone Sweet, 'Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems', in Helen Keller / Alec Stone Sweet, *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008, стр. 677–712.

<sup>15</sup> Европейская Конвенция по Правам Человека, 1950, ст. 41.

<sup>16</sup> Там же, ст. 46.

<sup>17</sup> Относительно средств защиты в рамках закона по правам человека см.: D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2<sup>nd</sup> edn (Oxford University Press 2005), 189.

<sup>18</sup> Для примера см. V. Colandrea, 'On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of the *Assanidze, Broniowski and Sejdic* Cases', 7 *Human Rights Law Review* (2007), 396. См. также L. Garlicki, 'Broniowski and After: On the Dual Nature of "Pilot Judgments"', in: *Liber Amicorum Luzius Wildhaber – Human Rights: Strasbourg Views* (Kehl 2007), 177-192.

<sup>11</sup> Относительно структуральных проблем в государствах-участниках, см. доклад «Обеспечение эффективности Страсбургского Суда: структурные недостатки в государствах-участниках», 7 января 2013 года.

<sup>12</sup> Суд добавил, что при имплементации требуемых реформ «Украинским властям следует рассмотреть должным образом это решение, соответствующее прецедентное право Суда и надлежащие рекомендации, резолюции и решения Комитета министров» (пункт 202).

для пресечения нарушений Конвенции.<sup>19</sup> Нарушения статьи 6 Конвенции<sup>20</sup> привели к тому, что Суд уже часто указывает на принятие конкретных мер, которые считаются самыми надлежащими средствами предупреждения нарушений и восстановления прав истцов.<sup>21</sup> Кроме того, Суд также принял общие меры для пресечения новых нарушений Европейской Конвенции по Правам Человека, вызванных структурными недостатками в национальных правовых системах.<sup>22</sup>

Одним из важных шагов в ходе нынешних реформ судебной системы в странах бывшего Советского Союза и Восточной Европы стало создание и укрепление дисциплинарного и административного самоуправления судей.<sup>23</sup> В Грузии данное полномочие находится в руках Высшего Совета Юстиции,<sup>24</sup> который наделен большим спектром полномочий инициирования и вынесения решений по дисциплинарным процедурам.<sup>25</sup> Реформы значительно усилили институциональную независимость суда. Однако, слышна и критика относительно степени индивидуальной независимости судей; некоторые наблюдатели также отмечали определенные системные недостатки в правовой системе, особенно касательно нынешнего статуса и состава Высшего Совета Юстиции. Какие выводы можно сделать из данного дела относительно требуемой институциональной рамки для юридически правильных дисциплинарных процедур? Хотя Суд заключил, что украинское государство должно принять общие меры и внести поправки в свое законодательство, он не дал точного указания на то, какие меры должны быть приняты государством и каким образом его дисциплинарные процедуры должны быть структурированы, чтобы соответствовать требованиям статьи 6. Это остается прерогативой украинского законодательства. Однако Суд отметил, что украинским властям «следует обратить надлежащее внимание на данное решение, соответствующее прецедентному праву Суда, и рекомендациям, резолюциям и решениям Комитета министров» во время претворения в жизнь реформ, рекомендованных Судом.<sup>26</sup>

На более общем уровне основательное исполнение Судом своих полномочий по указанию принятия общих и индивидуальных мер государствами может

служить средством трансформации национальной практики и законодательства.<sup>27</sup> В своей недавней практике Суд указал на принятие общих мер по некоторым случаям, что привело к принятию поправок в соответствующие национальные законодательства.<sup>28</sup> Кроме того, Суд уже принял проактивный подход и указал на принятие нефинансовых мер по другим делам для того, чтобы положить конец нарушению Конвенции.<sup>29</sup> Таким образом, восстановление судьи на своей прежней должности не выпадало из данной концепции. Однако возникает вопрос, указал ли Суд на принятие индивидуальной меры запроса – снова начать процедуры против истца. Аргумент, представленный Судом, заключается в том, что новые процедуры не будут иметь никакого смысла «в ближайшем будущем», принимая во внимание тот факт, что существующие системные недостатки в украинских правовых нормах, относящихся к дисциплинарным процедурам, кажутся все же убедительными.

Сочетается ли данный проактивный подход с оригинальным делегированием системы Конвенции? Хотя сейчас идут дебаты относительно конституционной природы Суда, он все же не выполняет функцию Конституционного суда на этом этапе своего развития.<sup>30</sup> Исполнение своих коррекционных полномочий невозможно напрямую на национальном уровне. В то же время нельзя отрицать, что юриспруденция Суда располагает длительным влиянием на национальные правовые системы в юридических рамках Конвенции и его проактивный подход в долгосрочной перспективе может оказать важное трансформационное влияние. Время покажет, что огромная нагрузка на Суд в рассмотрении дел вынудит его принять еще более проактивную позицию указания общих мер государствам для предотвращения будущих нарушений Конвенции и уменьшения объема работы Суда.

<sup>27</sup> По данному вопросу см., например, L. Helfer, 'Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime', *European Journal of International Law* 19 (2008), стр. 125-159.

<sup>28</sup> L. Garlicki, 'Broniowski and After: On the Dual Nature of "Pilot Judgments"', in: *Liber Amicorum Luzius Wildhaber – Human Rights: Strasbourg Views* (Kehl 2007), стр. 177-192.

<sup>29</sup> К примеру, Суд постановил освободить истца от незаконного задержания (Дело Асанидзе). *Assanidze vs. Georgia*, 2004-II 221; (2004) 39 EHRR 653.

<sup>30</sup> Однако, профессор Садурски отмечает, что после присоединения центрально- и восточноевропейских государств к Европейской Конвенции по Правам Человека «Суд перестал играть роль «мастера-настройщика» национальных правовых систем, и вместо этого ему пришлось принять роль полицейского над национальными системами, в которых происходят серьезные нарушения прав или которые страдают существенными системными недостатками в случае применения стандартов СЕ в области прав», W. Sadurski, 'Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments', *Human Rights Law Review* 9 (2009) стр. 397-453, at 401; по вопросу о конституционализации европейской системы защиты прав человека см. S. Greer & L. Wildhaber, 'Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* 12 (2012), стр. 655-687.

<sup>19</sup> См. также L. Garlicki, 'Broniowski and After: On the Dual Nature of "Pilot Judgments"', in *Liber Amicorum Luzius Wildhaber – Human Rights: Strasbourg Views* (Kehl 2007), 177-192.

<sup>20</sup> Европейская Конвенция по Правам Человека, 1950, ст. 6 (1).

<sup>21</sup> Для примера см. *Assanidze vs. Georgia*, 2004-II 221; (2004) 39 EHRR 653.

<sup>22</sup> Смотри список общих мер, принятых для предотвращения новых нарушений по Европейской Конвенции по Правам Человека, Н/Ехес(2006)1, последнее обновление май 2006 года.

<sup>23</sup> По этому вопросу смотри A Seibert-Fohr (ed), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012.

<sup>24</sup> Дополнительная информация может быть получена по следующему адресу <http://hcoj.gov.ge/en/home>.

<sup>25</sup> По данному вопросу смотри закон Грузии о Дисциплинарной Ответственности Судей Общих Судов и Дисциплинарные Процедуры от 23 февраля 2000 года (с поправками).

<sup>26</sup> См. пункт 202.

Грачик Ярмалоян

## Доклад о правовых и судебных реформах в Армении

*Настоящий доклад ставит своей целью дать общее представление об основных направлениях текущих правовых и судебных реформ в Республике Армения, которые начались в середине 1990-х годов и особенно усилились в последние несколько лет. Доклад включает в себя также информацию о предстоящих реформах в правовых и судебных сферах на ближайшее будущее.*

### I. Стратегическая программа правовых и судебных реформ в Республике Армения в период 2012-2016 гг.

2012 год был очень важным для Республики Армения с точки зрения правовых и судебных реформ. Министерство юстиции Армении разработало новую «Стратегическую программу правовых и судебных реформ в Республике Армения на период 2012-2016 гг.»<sup>1</sup> Стратегическая программа была утверждена президентом Армении в июне 2012 года. Стратегическая программа будет ориентиром для правовых и судебных реформ в 2012-2016 гг. Основными направлениями программы являются:

- 1) принятие или совершенствование ряда материальных и процессуальных законов, основанных на обновленной Конституции Республики Армения и лучшей международной практике;
- 2) оперативные реформы судебной власти, органов самоуправления судей, прокуратуры в соответствии с Конституцией Республики Армения;
- 3) введение качественно новой всеобъемлющей системы для подготовки и обучения персонала судебной власти и прокуратуры, а также ускорения типа мышления и практики с соблюдением современных требований правового государства;
- 4) обеспечение доступности судебной власти и условий, необходимых для права на справедливое судебное разбирательство в разумные сроки;
- 5) содействие альтернативным механизмам разрешения споров и повышение эффективности обеспечения государственных реестров;

6) реализация реформ по правовому воспитанию, которые направлены на подготовку специалистов высокой профессиональной квалификации. Основными целями реформ, предусмотренных стратегической программой, являются:

- 1) обеспечение справедливой, эффективной и ответственной перед обществом судебной власти;
- 2) повышение эффективности уголовного правосудия и системы уголовных наказаний;
- 3) повышение эффективности административной юстиции и административного производства;
- 4) повышение эффективности гражданского судопроизводства и улучшение гражданского законодательства;
- 5) повышение эффективности выполнения процессуальных функций;
- 6) обеспечение реформы в системе адвокатуры;
- 7) повышение эффективности прокурорской деятельности;
- 8) повышение эффективности системы поддержания арбитражного, нотариального и государственного реестров;
- 9) реструктуризация системы правового воспитания и юридического образования.

### II. Справедливая, эффективная и ответственная перед обществом судебная власть

Для обеспечения справедливой, эффективной и ответственной перед обществом судебной власти предусмотрены определенные меры:

- улучшение процедуры квалификационных тестов для включения в список кандидатов на должности судей;
- улучшение процедуры для оспаривания результатов тестирования знаний и навыков кандидатов на должности судей;
- разработка механизмов, основанных на международных стандартах, принципах прозрачности и беспристрастности, что позволяет оценивать не только профессиональные знания кандидатов на должности судей, но и способности, логические навыки и эффективность для работы в качестве судьи;
- определение прозрачной и объективной процедуры выдвижения кандидатов, подлежащих включению в список кандидатов на должности судей, а также пересмотр порядка в интервью в Совете Юстиции путем уточнения задач и темы для этой стадии.

<sup>1</sup> Утверждена президентом Республики Армения в июне 2012 года.

### III. Более эффективная модель самоуправления

Среди других реформ в судебной системе предусматривается ввести более эффективную модель самоуправления для судей.

В настоящее время органами самоуправления судебной власти являются Общее Собрание Судей Республики Армения – в составе всех судей Республики Армения, Совет Председателей Судов, членами которого являются председатели судов первой инстанции и апелляционных судов, председатели Кассационного Суда и его палат.<sup>2</sup>

С точки зрения обеспечения самоуправления судебной власти и внутренней независимости судей, необходимо гарантировать систему самоуправления, а также разделение их функций в рамках системы сдержек и противовесов, которая будет давать возможность всем судьям принимать участие в решении важных вопросов, касающихся судебной власти. Ключевым элементом принципа независимости судей является не только независимость от внешнего вмешательства, но и внутренняя независимость, в особенности от председателя суда и судей вышестоящего суда.

Постоянно действующим органом самоуправления судебной власти, как это предусмотрено Судебным кодексом, считается Совет Председателей Судов, который состоит исключительно из председателей судов и который оставляет за собой значительную часть ключевых функций в области судебного самоуправления. Комиссии по этике и обучению также образуются из членов этого органа. В результате функции судейского самоуправления сконцентрированы в одном органе. Такая централизация самоуправления не соответствует принципам независимости судей и самоуправления судебной власти. Необходимо пересмотреть систему самоуправления судебной власти с тем, чтобы обеспечить внутреннюю независимость судей от председателей судов.

С целью обеспечения максимального участия судей в разрешении основных вопросов, касающихся судебной власти, необходимо по возможности ограничить, кроме Генеральной Ассамблеи, одновременное участие одного и того же судьи в нескольких органах самоуправления.

В настоящее время в Республике Армения председатели апелляционных судов и судов первой инстанции назначаются на должность на постоянной основе до достижения соответствующего возраста. Такой подход может привести к чрезмерному усилению позиции председателя суда, его влияния на суд и к нарушению на практике сути конституционного требо-

вания независимости и равенства судей. Необходимо рассмотреть необходимость введения ограниченного срока полномочий председателей судов в Республике Армения в контексте международных развитий и подходов.

### IV. Понятие «административный орган» и частные организации

В рамках административного производства по стратегической программе реформ 2012-2016 гг. предусматривается включить частные организации в понятие «административный орган»<sup>3</sup>, которым государство делегирует общественные функции, обеспечивающие также судебной защитой частных лиц от решений, действий и бездействий таких организаций. Понятие «административный орган» не может включать в себя только государственные и местные органы самоуправления, так как есть такие юридические лица, которые, хотя и не являются государственными органами, выполняют функции, возложенные на них государством. Необходимо включить эти организации в функциональную концепцию административного органа. Это также позволит людям обжаловать решения и действия таких организаций.

### V. Разработка нового Кодекса об административных правонарушениях

Действующий в Республике Армения Кодекс об административных правонарушениях был принят 6 декабря 1985г. Верховным Советом Армянской ССР. Он вошел в силу 6 июня 1986г. Этот кодекс с его концептуальной логикой и философией, систематической структурой и неразрешимыми противоречиями с десятком других законов, с многочисленными успешными и неудачными изменениями, внесенными в течение десятилетий, с большим количеством устаревших или практически неприменимых положений, неполными и несовершенными административными мерами ответственности не в состоянии решить вопросы, которые должны быть рассмотрены, и тем самым не соответствует требованиям государства о «верховенстве закона».

Принимая во внимание то обстоятельство, что указанные вопросы достаточно обширные и методичные, необходимо принять новый соответствующий современным требованиям государства о «верховенстве закона» Кодекс об административных правонарушениях.

Новый Кодекс об административных правонарушениях будет решать следующие важные вопросы:

<sup>3</sup> См. Административный процессуальный кодекс Армении, принятый 28.11.2007 г., и Закон об основах административных действий и административных процедур, принятый 18.02.2004 г.

<sup>2</sup> См., Судебный кодекс Армении, принятый 21.02.2007.



1. Всеобъемлющим образом будущий Кодекс будет содержать все административные правонарушения. Случаи административных правонарушений не будут больше предусмотрены в других законах. Таким образом, не должно быть никакой административной ответственности, не предусмотренной Кодексом об административных правонарушениях;
2. При регулировании вопросов, связанных с административным производством по делам об административных правонарушениях, новый Кодекс, как правило, будет опираться на общие принципы административных процедур, установленных Законом Республики Армения «Об основах административной деятельности и административном производстве», в то же время принимать во внимание особенности специального производства;
3. Новый Кодекс должен значительно улучшить сферу административных мер ответственности. Необходимо дальнейшее развитие административных штрафов уже установленных существующим Кодексом, а также обеспечить новые виды административного наказания и рассмотреть возможность общественных работ;
4. Принимая во внимание принцип пропорциональности между действием и предусмотренной ответственностью, в новом Кодексе об административных правонарушениях некоторые действия будут декриминализованы и рассмотрены как проступок.

Министерство юстиции создало рабочую группу, которая в настоящее время работает над проектом нового Кодекса об административных правонарушениях.

## VI. Реформы Гражданского кодекса

С целью согласования Гражданского кодекса Республики Армения с современными подходами регулирования частноправовых отношений в Гражданском кодексе<sup>4</sup> следует осуществить ряд важных реформ. Реформы в этой сфере будут сосредоточены на определении сферы субъектов гражданского права, участия государства и общин в гражданском обороте, механизмах регулирования корпоративного права, договорного права, в частности, договорных отношений, связанных с областью предпринимательской деятельности, правах интеллектуальной собственности и международном частном праве. Обязательственное и наследственное права, а также право страхования также нуждаются в реформах. Нет никаких стандартов для правильного расчета причиненного ущерба.

Министерство юстиции уже начало общие обсуждения с заинтересованными сторонами о реформах в Гражданском кодексе.

## VII. Реформы Гражданско-процессуального кодекса

Ряд реформ будет осуществляться в Гражданском процессуальном кодексе<sup>5</sup> с точки зрения разъяснений правил, регулирующих процесс доказывания в гражданском судопроизводстве, урегулирования вопросов, касающихся относимости и допустимости доказательств, а также удаления доказательства из объема доказательств, определение в гражданском процессе особенности процедуры рассмотрения дел в судах низшей инстанции в случае отмены судебного акта и возвращения в первоначальную инстанцию дела судом высшей инстанции на новое рассмотрение, допустимость доказательств, полученных в ходе уголовных дел в гражданском судопроизводстве.

## VIII. Разработка нового Уголовно-процессуального кодекса

Уголовно-процессуальный кодекс<sup>6</sup> Республики Армения является одним из правовых актов, принятых в результате судебной реформы в Республике Армения. Это закон, который применяется напрямую и предусматривает единое, структурированное и всеобъемлющее регулирование различных аспектов уголовного процесса.

Признавая очевидные сильные стороны и положительные воздействия Кодекса, следует отметить, что после 14 лет действия Кодекс столкнулся со множеством новых проблем, которые привели к необходимости разработки нового Уголовно-процессуального кодекса.

Прежде всего, в 2002 году Армения ратифицировала Европейскую Конвенцию о защите прав и основных свобод человека 1950 г. В результате в соответствующих областях национального законодательства, включая сферу уголовного правосудия, должны были быть внесены изменения в соответствии с международными обязательствами страны.

С точки зрения конституционных реформ конституционные изменения, принятые на референдуме 27 ноября 2005 года, существенно повлияли на области уголовного правосудия, сделавшие неизбежными определенные изменения и дополнения в кодексе.

Практика судов также повлияла на регулирование уголовного процесса: в решениях Конституционного Суда и Кассационного суда Республики Армения

<sup>4</sup> Действует с 01.01.1999 г.

<sup>5</sup> Действует с 01.01.1999 г.

<sup>6</sup> Принят в 1998 году и введен в действие с 12 января 1999 г.

были учтены ряд недостатков, выявленных в процессе применения Кодекса.

Впоследствии Министерство юстиции разработало концепцию нового Уголовно-процессуального кодекса, которая была утверждена правительством и привела к разработке нового Уголовно-процессуального кодекса в 2011-2012 годах. Законопроект нового Кодекса был одним из самых обсуждаемых юридических документов в течение последних 10 лет. Основные направления реформ в новом законопроекте следующие:

- В уголовном процессе будут изменены роли и функции «дознания» и «предварительного расследования», операции уголовной разведки будут внесены в Уголовно-процессуальный кодекс как идентичные с деятельностью «дознания»;
- Будут упорядочены цели, основания и условия ареста и содержания под стражей, а также применения процедур этих средств принуждения, объем профилактических мер будет расширен и оптимизирован;
- В ходе досудебного разбирательства будет предписана процедура допроса человека перед судьей («отложение показания»);
- Объем дифференцированных разбирательств будет распространен на дела частного обвинения (без досудебного производства), упрощенного досудебного производства и разбирательства по согласию (в суде);
- Новая обязательная стадия уголовного процесса, то есть предварительные слушания, будет введена до фактического слушания и будет включать в себя рассмотрение и определение всех вопросов, связанных с проверкой результатов досудебного производства, и подготовку к суду в условиях состязания, уважения равноправия сторон.

Проект нового Кодекса, в числе других важных изменений, отменяет понятие «подозреваемый» как лицо и предписывает общий процессуальный статус для тех, кто привлечен к уголовной ответственности. В результате любое лицо, подозреваемое в совершении преступления, имеет право на все права, предусмотренные для обвиняемого.

Основной особенностью проекта является то, что расширяется сфера применения превентивных мер. Определение новых превентивных мер (регистрация в полиции, домашний арест и тому подобное) и назначение залога как самостоятельной профилактической меры помогут уменьшить случаи необоснованного или принудительного содержания в юридической практике.

Ряд других важных изменений также включен в проект.

В данный момент проект нового Кодекса находится в процессе общественных слушаний и, скорее всего, будет принят к концу 2013 года.

## IX. Разработка нового Уголовного кодекса

Действующий Уголовный кодекс вступил в силу 1 августа 2003 года. Его принятие было обусловлено целым рядом обстоятельств: во-первых, Конституция независимой Республики Армения была принята в 1995 году и, естественно, все другие законы и кодексы должны были соответствовать положениям последней. С этой точки зрения принятие Арменией нового Уголовного кодекса было даже немного запоздалым. Кроме того, бывший Уголовный кодекс больше не соответствовал формированию и развитию экономических, социальных, политических и идеологических реалий в республике, существующему уровню науки уголовного права.

Относясь с высоким уважением к роли действующего Уголовного кодекса в борьбе с преступностью в Республике, тем не менее, необходимо отметить, что научный анализ и правоприменительная практика его норм выявили многочисленные недостатки.

Новый Уголовный кодекс должен быть направлен на решение следующих задач:

- обеспечение безопасности личности, общества и государства от преступных домогательств;
- по мере возможности уменьшение социальной напряженности, обусловленной преступлением;
- обеспечение соответствия уголовного законодательства с современными тенденциями развития преступности и уголовной угрозы;
- определение четких особенностей для разделения преступных деяний от не преступных действий, которые исключают пространственное толкование закона;
- гарантия защиты прав и свобод жертв преступлений, для создания максимальных условий для осуществления права на возмещение ущерба, причиненного преступлением;
- усовершенствование системы уголовно-правовых мер принуждения с целью обеспечения баланса принуждения, профилактики и реабилитации функций;
- обеспечение соответствия уголовного законодательства с нормами ратифицированных международных договоров, принципами международного права, а также Конституцией РА.

Действующий Уголовный кодекс РА основан на «понятии акта / действия», что предусматривает наказание, со ссылкой на размер причиненного ущерба. Предусматривая наказание за то или иное преступление, законодательство должно ссылаться не только

на размер причиненного ущерба, но и на *криминологическую реальность*, одним из важных элементов которой является *человек*, совершивший преступление.

Действующий Уголовный кодекс основан на психологической концепции, основные положения которой сводятся к тому, что вина является психологическим отношением человека к своему деянию и его опасным последствиям и выражается в форме умысла или неосторожности. В теории уголовного права существуют три основные концепции о виновности – опасная ситуация, нормативистская и психологическая концепции. Недавно в армянской правовой научной литературе были высказаны мнения об отказе от психологической концепции.

Критерии освобождения от уголовной ответственности и наказания должны быть серьезным образом пересмотрены.

Система наказания имеет серьезные недостатки. Это является причиной того, что санкция лишения свободы применяется слишком часто, что приводит к перенаселенности пенитенциарных учреждений. Таким образом, одним из путей решения этой проблемы является расширение перечня видов санкций, которые являются реальной альтернативой лишению свободы, внедрение эффективных и практических механизмов их использования.

Защита прав и интересов потерпевшего является очень важным вопросом. Система наказаний и виды наказаний должны быть направлены на возмещение ущерба, причиненного преступлением. С этой точки зрения необходимо пересмотреть отношение к конфискации имущества и штрафу; в первую очередь, это должно быть направлено на возмещение ущерба, в то время как, согласно действующему Уголовному кодексу, такие функции почти никогда не выполняются.

## **X. Свобода собраний**

Новый закон о свободе собраний был разработан Министерством юстиции, который был принят 14.04.2011. На основании указанного закона в результате сотрудничества между полицией, Министерством юстиции и международными организациями в 2012 году было принято Руководство о поведении полиции в ходе собраний. Анализ ряда заключений, вынесенных различными международными организациями в свете парламентских выборов в 2012 г. и президентских выборов в 2013г., показал, что никаких серьезных нарушений прав человека не было допущено во время собраний, проводимых в Армении в последние годы, и что правовая основа с точки зрения обеспечения свободы собраний значительно улучшилась за последние несколько лет.<sup>7</sup>

## **XI. Законодательное Руководство по разработке правовых актов**

Законодательное Руководство было разработано Министерством юстиции и утверждено постановлением правительства от 5 апреля 2012 года. Законодательное Руководство в числе других важных вопросов устанавливает подробные правила по методике и технике разработки проектов юридических документов, предоставляя тем самым министерствам и другим соответствующим учреждениям кодифицированные правила по разработке нормативных правовых актов в целях предотвращения недостатков и противоречий в процессе составления законопроекта.

Gevorg Baghdasaryan<sup>1</sup>

## Issues of Trial of Criminal Cases in Absentia in the Context of the Right to a Fair Trial in the Criminal Procedure of the Republic of Armenia

*This article is about one of the crucial issues of criminal procedure; i.e. trial in absentia of the defendant in the context of the right to a fair trial. The study of the theoretical issues of the trial in absentia has a pivotal point in the article, within which the author deals with the content of the "trial in absentia" concept and its relation to the "distance trial" concept and draws a conclusion about their sameness. The author considers that not only practical but also considers that theoretical issues of the trial in absentia must be reviewed in the context of the right to a fair trial in order to perceive their essence correctly and make genuine judgments. The article also presents the positions of the European Court of Human Rights and, under their light, the practical issues of trial in absentia within the criminal procedure of Armenia are considered. Through the analysis in the article, the author reasons for the necessity to envisage trial in absentia in criminal procedure of Armenia aligned to the European standards.*

### I. Introduction

The right to a fair trial is a complex of procedural rights, one element of which is the right of everyone to participate in a trial that concerns them. The latter is a secondary element of the right to a fair trial. It creates direct conditions for the equality of arms and ensures the right to defense in the criminal procedure, which are among the primary elements of the right to a fair trial. In simple words, for the fairness of the trial this right does not have a direct significance, but it is an absolute objective precondition to ensure the parity and enforcement of the right to defense in a trial.

However, this judgment cannot undermine the significance of a defendant's procedural right either on the practical or on theoretical front, as this comes to substantially condition the fairness of a trial. Again, the inappropriate exercise of this right will indeed lead to the violation of the right to a fair trial. In this regard, the importance of the sys-

temic study of the theoretical as well as practical issues of the trial in absentia of the defendant cannot be overestimated.

### II. General theoretical characteristic of trial in absentia of the defendant

The urgency to study the theoretical issues of the trial in absentia of the defendant is conditioned not only by the fact that those form a theoretical basis to study the practical issues, but also that on their own they are of serious scientific interest on the theoretical level, especially when we take into account the problematic nature of them. The study of relevant literature demonstrates that there is no united approach about the essence of the trial in absentia, its content and its role in the criminal procedure. In that regard, we must first identify the correlation between "trial in absentia" and "distance trial" concepts circulated in the theory.

Most of the lawyers consider that the trial in absentia of the defendant and distance trial as synonymous.

For example, T. V. Trubnikova does not specifically analyze the correlation between those concepts. And her approach is obvious even from the quotes of her study<sup>2</sup>. These concepts are not separated also by N. V. Maslikova<sup>3</sup> and A. S. Tukiev<sup>4</sup>.

Not demarcating the aforementioned concepts either, A. A. Kazakov identifies four types of distance trials in the Criminal Procedure Code of the Russian Federation: 1) trial of the cases on grave and particularly grave crimes in absentia of the defendant; 2) trial of the cases on non-grave and medium-gravity crimes; 3) trial of the case about a dead person and 4) trial in absentia of the defendant that was removed from the courtroom for violating the order of the sitting of the court<sup>5</sup>.

According to E. G. Benderskaya, the trial in absentia of the defendant is the trial of the criminal case on merits in actual absence of the defendant from the trial or a part of it. In addition, the author characterizes the distance trial as a special type of trial, which assumes trial of the criminal case in absentia of the defendant in case the latter did not show up at the trial and because of which a distance

<sup>1</sup> Prosecutor of the Prosecution Office of Shengavit Administrative District of Yerevan.

<sup>2</sup> Trubnikova T.V.(2008), *Trial in Absentia of the Defendant (distance trial) in the System of the Simplified Judicial Criminal Procedure of RF*, VESTNIK TGU, № 315, p.127.

<sup>3</sup> Maslikova N.V. ( 27 July 2006), *Trial of a Case According to the Criminal Procedure Code of the Republic of Russia*, Edition of Federal Law.<http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1251834>

<sup>4</sup> Tukiev A.S. (2005), *Problems of Procedural Forms of Distance Criminal Trials*, Synopsis-discussion, Ph.D., in Law, Karganda.

<sup>5</sup> Kazakov A.A.(2009), *Distance Trial of Criminal Cases*, Synopsis-discussion.Ph.D., in Law, Yekaterinburg, p.14.

judgment is made<sup>6</sup>. Actually, in the “trial in absentia” concept the author includes all those cases, when because of different reasons the procedural actions take place in absentia of the defendant. According to this approach, besides the aforementioned, E. G. Benderskaya includes in the institution of trial in absentia of the defendant the following conditions also: 1) in case of removal of the defendant from the courtroom during the trial to question another defendant; 2) in case of removal of the defendant from the courtroom during the trial to question a minor witnesses and victims and 3) in case of removal of a minor defendant from the courtroom during the trial of the criminal case to examine such circumstances, which can have a negative impact<sup>7</sup>.

This is to say that according to the author the distance trial correlates to the trial in absentia of the defendant like a part with the total, as it includes only those cases of the trial in absentia of the defendant, when the reason of the absence is the defendant not showing up in the court, as well as a distance judgment being made as a result of it.

D. T. Arabuli also gives such a narrow characteristic to the distance trial, defining that the distance trial, in cases stipulated by the criminal procedure law, is a trial in absentia of the defendant, who has motioned to try that case in his absence or when the duly notified defendant shall refuse to come to the court or it is impossible to ensure his presence because of the latter’s absence from the country<sup>8</sup>.

“Trial in absentia” means trial in the absence of someone<sup>9</sup>. “Trial in absentia” in its simple word for word meaning is a broad concept and can include all those cases, when the trial of the criminal case is conducted without actual presence of the defendant. The term “distance” is interpreted as far, distant, as well as taking place, happening, making in absence of the person directly linked with the case, action, phenomenon, etc.<sup>10</sup> The term “distance trial” actually gives meaning to the absence of the defendant at the trial.

As it was mentioned, the basis to distinguish “distance trial” within trial in absentia is the mere reason of the defendant’s absence and making a distance judgment because of the trial. However, one can firmly state that from the standpoint of the correlation with the right to a fair trial, the reason of the defendant’s absence from the trial does not have an essential meaning. We usually deal with some reservations from that complex principle, which are related to the actual absence of a defendant from the trial and

not the reason of his/her absence. Consequently, either theoretically or from a practical standpoint, it is not clear why the reason of absence of the defendant from the trial shall predetermine the separation of the “distance trial” from the scope of “trial in absentia.” The same can be said also about other circumstances serving as the basis for separating these concepts. We think it is not logical either to specify some cases on this ground, as the defendant, as such, shall not enjoy substantial procedural rights in regard of fair trial during the sub-phase of formulating the judgment. Consequently, it is not decisive either whether the person was absent from the actual trial sub-phase or also from the judgment making sub-phase, as the enforcement of the principles ensuring a fair trial is predominantly expressed in the central phases of the trial linked with the study of the case circumstances. We think that there are purely formal criteria to distinguish “trial in absentia” and “distance trial” concepts, in case of which the demarcation of those concepts is rather a play of words, indeed if we do not forget that those have actually the same linguistic meaning. Consequently, we think the “trial in absentia” and “distance trial” concepts have the same meaning and correlate as synonyms.

As we have seen, the approaches of the aforementioned authors about “trial in absentia” concept do not coincide either.

Regarding the cases identified by E.G.Benderskaya, we express our disagreement with the approach of considering the questioning of the minor witness, victim, as well as a defendant in absentia of another defendant or some circumstances examined in absentia of a minor defendant as trials in absentia of the defendant. In that regard, it is interesting to listen to the opinion of A. A. Kozakov that the merger of some trials into the concept of the trial in absentia is conditioned by the fact that each of them is characterized by the waiver to a certain extent of the fundamental principles and safeguards of the criminal procedure, objectively conditioned by the absence of the defendant from the courtroom. Based on this approach the author does not share the opinion of including the aforementioned cases into the concept of the trial in absentia<sup>11</sup>.

Referring to the logic as laid by A. A. Kozakov, we think that in specifying the criterion to identify the trial in absentia, one should adopt a more content based approach, i.e. the formal existence of the general condition of the trial must not be accepted as a criterion, but refer to the fact whether fundamental rights of the person are limited or not as a result of it. If the presence of the defendant at the trial or the mere formal absence is considered is accepted as a criterion, a trial could be considered as a form of trial in absentia in case of the death of a defendant.

<sup>6</sup> Benderskaya E.G.(2010), *Trial of Criminal Case in Absentia of the Defendant*, Synopsis – discussion, Ph.D., in Law, Moscow, p. 9.

<sup>7</sup> Benderskaya E.G.(2010), *Trial of Criminal Case in Absentia of the Defendant*, Synopsis – discussion, Ph.D., in Law, Moscow, p.15.

<sup>8</sup> Arabuli D.T. (2007), *Distance Trial of Criminal Cases: History and Modern Times*,; Education Manual / Scientific Editor Law PhD; Professor A. P. Guskova – Chelyabinsk, Poligraph-Master; p.112.

<sup>9</sup> Black’s Law Dictionary. (8th edition, 2004). Thomson/West.

<sup>10</sup> Aghayan E.B.(1976), *Explanatory Dictionary of Modern Armenian*, p.859.

<sup>11</sup> Kazakov A.A.(2009), *Distance Trial of Criminal Cases*, Synopsis-discussion, Ph.D., in Law, Yekaterinburg, p.14.

We think in all cases, including within the analysis of merely theoretical issues, the “trial in absentia” concept must be considered within the context of the right to a fair trial, like it was in case of its correlation with the “distance trial” concept. In fact the issues of the trial in absentia are linked to the right to a fair trial. The interpretation of the content of the “trial in absentia” concept, also based on the formal fact of the defendant’s actual absence at any part of the trial, leads to inappropriate and specious interpretation of that concept. As a result, they also artificially include the cases where the absence of the defendant from a trial is not connected with the right to a fair trial, either on the theoretical level or from the viewpoint of the practical provision of that right.

Thus, the norms of the Criminal Procedure Codes of Russia and Armenia, stipulating the judicial actions in absentia of the defendant, envisage for the defendant who has returned to the courtroom the right to get familiar with the testimony given in his/her absence and ask questions to the witnesses that testified. In this case, the absence of the defendant during the questioning of the witness, victim or other defendant or examination of other circumstances is a pure technical solution, aimed, in particular, at ensuring free testimony by those persons or neutralizing the negative impact of some circumstances on a minor defendant. Right after the end of those actions, the defendant who was removed from the courtroom shall be informed about the outcome of that action, i.e. about the testimony given or other examined circumstance and can ask questions. That is to say in these cases there is no reservation of the defendant’s right to a fair trial. The same can be said about the trial in criminal case, when the defendant is dead, which renders the defendant’s presence an impossibility. Hence, it cannot be accommodated in the “trial in absentia” concept, in case of reviewing it within the context of the right to a fair trial. Here again we deal with the purely formal and actual absence of the defendant, which does not conflict with the respective components of the person’s right to a fair trial, as there is no alternative to the defendant’s absence. In this case, the additional safeguards of the defendant’s absence to ensure a fair trial as established by the case law of the ECHR for “trial in absentia” shall not apply because of objective impossibility of their expansion to the given case.

Thus, the correlation of the defendant’s absence with his/her right to a fair trial has a baseline significance to clarify the content of the “trial in absentia” concept. The trial in absentia of the defendant is the trial of the criminal case in absence of the defendant, which is conducted with some deviations from the right to a fair trial.

The issue of the trial venue in the cases of in absentia trials, is mostly about, whether we deal with a particular type of the proceedings, like some authors insist.

Thus, T. V. Trubnikova promotes the following features of the criminal procedure:

1. The existence of the respective material legal basis of the given proceedings, which is objectively asking for differences in the legal regulation;
2. The complex nature of the proceedings, i.e. the existence of some features of the law enforcement bodies in all the phases of the criminal proceedings (or at least some of them) and
3. The existence of substantial features as compared with ordinary proceedings, which would finally lead to the changes of the activities’ forms in those cases.

As a result of the analysis of the concept discussed under the light of these criteria, the author comes to the conclusion that the distance trial is a combination of autonomous criminal proceedings<sup>12</sup>.

E. G. Benderskaya also considers that the distance trial is an autonomous type, whereas other expressions of the trial in absentia, the issues of which were discussed above, are not considered by her as autonomous types as in case of the latter the features of the type of the trial are not substantial<sup>13</sup>. A. A. Kozakov also considers the trial and settlement of the criminal case in absentia of the defendant as autonomous proceedings<sup>14</sup>.

No one disputes that there are substantial features to the trial in absentia of the defendant. Those are directly conditioned by the absence of the defendant from the trial, as a result of which a range of procedural actions with the participation of the defendant are discounted. However, the question of whether the features of the proceedings always come to witness the autonomous type of the proceedings implies a reference to the correlation between “type of proceedings/trial” and “differentiated procedural form.” It should be noted from the very beginning that the issue of a trial in absentia, as a particular form of a trial is studied in legal doctrine in the light of the different forms of criminal proceedings and the criteria thereof<sup>15</sup>, i.e. we are convinced it is unacceptable that based on the forms of criminal proceedings there are different types of trials.

As a result of the systemic analysis of the Criminal Procedure Code of Armenia, we can identify the following three types of criminal proceedings/trial:

- a. trial in criminal case, i.e., examination of the criminal case, the subject of which is the accusation based on which the court must determine the guilt or innocence of a person;

<sup>12</sup> Trubnikova T.V.(2008), *Trial in Absentia of the Defendant (distance trial) in the System of the Simplified Judicial Criminal Procedure of RF*, VESTNIK TGU, № 315, p.127-129.

<sup>13</sup> Benderskaya E.G.(2010), *Trial of Criminal Case in Absentia of the Defendant*, Synopsis – discussion, Ph.D., in Law, Moscow, p.17.

<sup>14</sup> Kazakov A.A.(2009), *Distance Trial of Criminal Cases*, Synopsis-discussion, Ph.D., in Law, Yekaterinburg, p.14.

<sup>15</sup> Tukiev A.S.(2005), *Problems of Procedural Forms of Distance Criminal Trials*, Synopsis-discussion, Ph.D., in Law, Karaganda, p.10.

- b. intermediary and additional trials, i.e., trials that are performed during the trial of the criminal case or for the protection of the rights and legitimate interests of the trial participants during the judgment enforcement phase; and
- c. special trials.

The trials mentioned above are not variations of each other or merely differentiated procedural forms of others, but individual autonomous types of trials. In general, the autonomous forms of the trials emerge not as a result of differentiation of the enforcement form of one of the types, but their emergence is conditioned by the necessity to protect some rights in that way. Different types of trials have different objectives, whereas in case of differentiated procedural forms, they are merely different ways to achieve a single objective of a specific type of the trial. The trial in criminal cases is conducted in regard of accusation to identify the guilt or innocence of a person and the intermediary proceedings are performed based on the need to protect the rights of individual trial participants; for example, when the actions of the prosecution body are appealed against in the court (Article 290 of the RA's Criminal Procedure Code). These are individual types of the proceedings, as each of them deal with essentially different subjects as one case may focus on accusation and another case may solely deal with the fact of the violation of a specific right. Their objectives are also different<sup>16</sup>.

Thus, in order to consider the features of the procedural actions as an individual type of trial, it is necessary that those are about such features like the subject and objective of the trial. And if those substantial features shall exist within the same type of the trial and assume only an additional, specific way of achieving the same objectives of the proceedings, then in that case we do not deal with the type of the proceedings, but a differentiated procedural form of the enforcement of the same trial type.

Considering the trial in absentia of the defendant within the context of this approach, we shall note that in that case the subject of the procedural activity remains the same, i.e. the accusation and the aforementioned activity shall be performed to identify the reasoning of the accusation. That is to say that in case of conducting the trial in absentia of the defendant, it shall remain a trial of a criminal case, which, however, in the given case shall not be performed in simple but a specific procedural way, which shall be expressed by the absence of the defendant from the trial and some features stemming from it. For the sake of comparison, one shall mention that the accelerated procedure of the court examination is not an autonomous type of trial, in which case the trial shall be conducted with the same subject and for the same objective, but in a specific pro-

cedural form that is different from the general and main procedural form.

Based on this theoretical analysis, we can state that the trial of the criminal case in absentia of the defendant is a specific procedural form, which assumes trial of the criminal case in absence of the defendant, which shall involve some reservation of the right to a fair trial.

### III. Trial in absentia of the defendant in international legal documents

The right to participate in a trial is expressed in a range of international legal documents. Clause 3 of Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>17</sup> explicitly stipulates that in the determination of any criminal charge against a person, everyone shall be entitled in full equality, among other minimal safeguards, to be tried in his/her presence and to defend himself/herself in person.

Article 6 of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>18</sup> does not specify the right to be personally present; however, it envisages the exercise of a range of minimal rights of the accused in practice, in case of actual presence of the accused at the trial. This comes to demonstrate the secondary role of the defendant's right to participate in a trial as a component of the right to a fair trial. This right is a prerequisite to ensure other rights, in particular to question the witnesses that testified against him/her or the opportunity to exercise the right to be heard. However; as the absolute necessity of the defendant's presence at the case trial is objectively connected with trial of criminal cases, international legal documents deal with the issue of unnecessary delays and also with the possibility of trial in absentia of the defendant.

In the introduction of the resolution On the criteria governing proceedings held in the absence of the accused<sup>19</sup>, the Committee of Ministers of the Council of Europe stipulated that the possibility of simplified proceedings without a hearing for certain minor offences should nevertheless not be excluded. It goes on to state the following criteria for the trial in absentia of the defendant:

1. No one may be tried without having first been effectively served with a summons in time to enable him to appear and to prepare his defence, unless it is established that he has deliberately sought to evade justice.
2. The summons must state the consequences of any failure by the accused to appear at the trial.
3. Where the court finds that an accused person who fails to appear at the trial has been served (atteint) with a summons, it must order an adjournment if it considers personal appearance of the accused to be indispensable or if there is reason to believe that he has been prevented from appearing.

<sup>16</sup> Baghdasaryan G. (2011), *About the Concept "Differentiation of Criminal Procedural Form"*, Herald of Yerevan University, No 135.3, p.68-76.

<sup>17</sup> December 16, 1966.

<sup>18</sup> November 4, 1950

<sup>19</sup> January 19, 1973

4. The accused must not be tried in his absence, if it is possible and desirable to transfer the proceedings to another state or to apply for extradition.
5. Where the accused is tried in his absence, evidence must be taken in the usual manner and the defence must have the right to intervene.
6. A judgement passed in the absence of the accused must be notified to him according to the rules governing the service of the summons to appear and the time-limit for lodging an appeal must not begin to run until the convicted person has had effective knowledge of the judgement so notified, unless it is established that he has deliberately sought to evade justice.
7. Any person tried in his absence must be able to appeal against the judgement by whatever means of recourse would have been open to him, had he been present.
8. A person tried in his absence on whom a summons has not been served in due and proper form shall have a remedy enabling him to have the judgement annulled.

The Committee of Ministers of the Council of Europe, in its recommendation N R (87) 18 concerning the Simplification of Criminal Justice<sup>20</sup>, states that the Committee, considering that the criminal justice system must take due account of the requirements laid down in particular in Article 5 and 6 of the European Convention on Human Rights to accelerate and simplify its working, recommends that the member states shall enable the first instance courts to try cases and make decisions in absentia of the defendant at least in cases of non-grave offences and, while sentencing, shall take into account that the defendant has been duly notified about the time of the court hearing and able to exercise his/her legal rights.

The European Court of Human Rights has also dealt with the subject of trial in absentia in a range of its judgments. Without dwelling upon the positions of the ECHR about the importance of the right in discussion, let us mention that the court has stipulated that "trial in absentia of the defendant in principle is incompatible with the Convention (...). (...) the legislature must be able to prevent the unreasoned removal from the trial (*Poitrinol v. France*, 31, 35)<sup>21</sup>." Although clause 1 of Article 6 does not mention anything about it, the objectives of Article 6 make it clear that a person, who has been charged with a criminal offence, has the right to participate in the trial. Moreover, sub-clauses (c), (d) and (e) of clause 3 entitle everyone, who has been charged with a criminal offence, to defend himself/herself in person, to examine or have witnesses against him/her examined; to have the free assistance of an interpreter if he/she cannot understand or speak the

language used in the court. It is hard to imagine how a defendant is supposed to exercise those rights without being present (*Colozza v. Italy*<sup>22</sup>; *Monnell and Morris v. The United Kingdom*<sup>23</sup>; *Ekbatani v. Sweden*<sup>24</sup>; *Zana v. Turkey*<sup>25</sup>; and *Stanford v. The United Kingdom*<sup>26</sup> ).

Nevertheless, ECHR does not exclude the possibility of trial in absentia of the defendant and stipulates certain clear criteria for those cases. First of all, the court focuses on the notification of the defendant that did not come to the trial, stipulating that "the notification about the trial is (...) legal action, which has such a significance that must meet some conditions concerning the form and substance, which are able to ensure effective enforcement of the defendant's rights(...). Unofficial and vague information is not sufficient (*T. v. Italy*, 28<sup>27</sup>)." ECHR has also stipulated that, when national legislation enables to conduct a trial in absentia of the person, who has been charged with a criminal offence, "(...), then that person, after having learnt about the trial, must have an opportunity to have the case tried again (*Colozza*, 29)." The ECHR further stipulates that even in the case when a defendant attends the trial and rejects the right to defense, such rejection, in order to be considered in the meaning of the Convention, must be unambiguous and safeguarded by the minimal guarantees relevant to its gravity (*Poitrinol*, 31).

ECHR has also paid a special attention to ensure the right to defense in trials in absentia of the defendant, more specifically the participation of the defendant in that case. In particular, it stipulated that, "the fact that the accused, who although having been duly called to the court, did not come, even in case of lack of explanation, must not justify the rejection of his right to have a defender in the case (*Pelladoah v. The Netherlands*<sup>28</sup>, 40; *Lala v. The Netherlands*<sup>29</sup>, 33, *Poitrinol*, 34)." The accused is not deprived of the right (to a defender) on the mere ground that he/she was missing from the court hearings. The enforcement of the legitimate requirements to ensure the presence of the accused at the trials can be done by means other than deprivation of the defense (*Van Geyselghem v. Belgium*<sup>30</sup>, 34).

Thus, the positions of both ECHR case law and the Committee of Ministers of the Council of Europe are largely negative about the trial in absentia of the defendant. As a rule, they emphasize the provision of the defendant's participation in the trial where it is possible and prevention of the defendant's unnecessary removal from the proceeding. However, at the same time, the trial in absentia is con-

<sup>22</sup> February 12, 1985 *Application no 9024/80*:

<sup>23</sup> February 15, 2005 *Application no. 68416/01*:

<sup>24</sup> May 26, 1998 *Application no. 10563/83*:

<sup>25</sup> November 13, 1997 *Application no 18954/91*:

<sup>26</sup> February 23, 1994 *Application no 16757/90*:

<sup>27</sup> De Salvia M., *Case Law of European Court of Human Rights*, St. Petersburg, P.558.

<sup>28</sup> September 22, 1994 *Application no. 16737/90*:

<sup>29</sup> September 22, 1994 *Application no. 14861/89*:

<sup>30</sup> January 21, 1999 *Application no 26103/95*:

<sup>20</sup> September 17, 1987

<sup>21</sup> November 23, 1993; *Application no. 14032/88*:



sidered, even in extreme cases, as one of the acceptable solutions, which objectively emerge as a result of delays in criminal case trials. Indeed, the possibility of the trial in absentia of the defendant is not absolute and it cannot be such, despite the fact that it is genetically connected with the practical enforcement of the right to a fair trial.

#### IV. Trial in absentia of the defendant in the criminal procedure of the Republic of Armenia

The defendant's participation in the trial is important not only to ensure the right to a fair trial, but also for full and complete identification of all the circumstances of the case. The participation in the trial is considered not only as a right of the defendant, but also an obligation for the latter. Moreover, as obligation it has an objective to ensure the enforcement of the right. Without dwelling upon the theoretical analysis of this quite interesting concept, let us mention that the participation in the trial as a right and as an obligation do not exclude each other, as the absence of obligation, is envisaged strictly for certain types cases and only in rare conditions.

Within a small historical background, we shall mention that the trial in absentia has always had a role in the criminal procedure of Armenia. First, it has been applied by the power of enforcement of 1864 Criminal Procedure Regulation in the first Republic of Armenia. The trial in absentia has also been envisaged by the 1961 USSR Criminal Procedure Code, Article 239 of which stipulated that the trial in absentia of the defendant would be allowed: 1) when the defendant is beyond the borders of USSR and avoids coming to the court; and 2) when the defendant submits a motion to try the case in his absence about such crimes for which no imprisonment can be awarded. Article 254 of the same Code allowed continuing the trial in absentia of the defendant, when the defendant is removed from the courtroom for violating the order of the sitting of the court.

A possibility for the trial in absentia was also envisaged in the model Criminal Procedure Code<sup>31</sup> in cases where a defendant avoids coming to the court, or the defendant requests the court for exemption from coming to the court in non-grave and medium grave crime cases. However, the current Criminal Procedure Code<sup>32</sup> in its original text fully rejected the idea of the trial in absentia. It was envisaged only as a result of the subsequent legislative amendments that only when the defendant is removed from the courtroom for violating the order of the trial, can the trial continue in absentia of the defendant. Thus, according to Article 302 of Criminal Procedure Code of RA, the trial shall be conducted with the participation of the defendant, whose

presence in the court is mandatory, except in the case envisaged by part 6 of Article 314.1 of the same Code. The important provision of the aforementioned article for this study is the following: "The defendant's repeated disturbances or non-observance of the orders given by the presiding judge during a trial is the ground to apply the sanctions envisaged by clause 2 of part 1 of the same article, in case of which the trial shall continue in absentia of the defendant; however, the judgment shall be published in the presence of the defendant and handed over to him right after the publication." The new draft Criminal Procedure Code of Armenia shall envisage only this type of trial in absentia.

To what extent this type of trial in absentia is consistent with the aforementioned European standards? As we observed, the trial in absentia is admissible in two extreme cases, i.e. when the participation of the person cannot objectively be ensured because of his hiding from the trial body and when the person has explicitly rejected his right to participate to the trial. That is to say that improper behavior of the defendant is not a fact that makes the trial in absentia possible. Also, such behavior is irrelevant for evaluating the rejection of the right to participate. The approach that the person himself/herself with his/her behavior deprives, actually rejects, himself/herself the opportunity to exercise the right to a fair trial does not stem from the standards identified by ECHR, according to which the rejection from the participation must be explicit, unambiguous and shall not stem from certain expressions of the person's behavior. The Criminal Procedure Code has stipulated only one additional safeguard for trial in absentia, i.e. mandatory participation of the defendant in the case, except in the case of removal of the defendant from the court for disturbing the order in the court room and disobeying the presiding judge's orders, in which case the trial shall continue in his absence (clause 11 of part 1 of Article 69 of the Criminal Procedure Code of Armenia).

RA's Criminal Procedure Code, in contrast to the aforementioned case, did not envisage two classical options, i.e. adopted in the Soviet criminal procedure and also currently most common elsewhere, the grounds of which were also expressed in the case law of ECHR. Indeed we discussed about the trial in absentia of the person who avoids attending the trial or the person who explicitly rejects the right to participate in the trial. Moreover, as we observed, the reason for that is not that the Criminal Procedure Code of Armenia in principle prohibits any restriction of the right to a fair trial in this case a trial in absentia. The provision of the aforementioned cases of the trial in absentia are quite justified, if we consider at least some of the positive aspects of the trial in absentia reasoned in the theory, i.e., the trial in absentia contributes to the trial of the criminal cases in reasonable periods, enables to ensure the rights of the victim's access to justice and

<sup>31</sup> Adopted by the Resolution of Inter-Parliamentary Assembly of the State Members of the Commonwealth of Independent Countries; February 17, 1996;

<sup>32</sup> July 1, 1998

compensation of the damages to minimize the time between the commitment of crime and the conclusion of the trial, prevents unjustified expiration of the periods of limitations, etc.<sup>33</sup>.

The objective necessity of the trial in absentia is conditioned by the need to safeguard the legitimate rights of the victim, as the right to a fair trial to a certain extent is also about the victim. In this regard, the RA's Court of Cassation has stated that, "the restoration of violated rights (...)" is also applicable to the victims of a crime (including a victim's successor) as the victim is a person whose rights are violated by the crime. Moreover, the legitimate scope of restitution of a victim's legal interests includes compensation of sustained damages, establishment of the circumstances of a criminal act and accurate criminal categorization of the latter; sentencing the person that committed a crime against him/her and imposing of a fair punishment. It is important for victim's rights that the respective criminal case is examined "in observance of all the requirements of a fair trial<sup>34</sup>."

This is to say that the trial in absentia of the defendant assumes reservations from the right to a fair trial. We think that with these justifications, the draft Criminal Procedure Code of Armenia should ensure that the aforementioned cases of trial in absentia of the defendant correspond with the aforementioned European standards.

In its approach towards the subject under discussion, Criminal Procedure Code of Armenia has taken into account not only the need for balanced safeguarding of the right to a fair trial of the defendant and the rights of the victim, but also the trial features in the courts of different instances. As a result, even in the appeal courts, trial in absentia is not envisaged. According to clause 23 of part 2 of Article 390 of Criminal Procedure Code of RA, the following must participate in the sitting of the court at the court of appeal: "(...) the defendant, who submitted the appeal or for the protection of whose interest the defender or legal representative has submitted an appeal or when the appeal has been submitted by the prosecutor not in favor of the accused."

In the draft Criminal Procedure Code of Armenia, participation of the trial participants, including the defendant that submitted the appeal, is not mandatory in simplified appeal trial. In addition, in ordinary appeal trial the participation of the person that submitted the appeal is mandatory. In case the duly notified person that submitted the appeal does not come to the court without good cause, the appeal shall be left without trial (Article 409 of the draft). On the basis of such a solution, in the analogy of Article 32 of the European Convention, the draft has actually put the idea

of passive rejection of the appeal, according to which the appeal is left without trial, if the circumstances lead to the conclusion that the appellant does not mean to follow-up his/her appeal.

It is appropriate to ask the question that has emerged many times in legal practice about how we shall deal with the case, when the defendant that submitted the appeal explicitly expresses the proper intention not to participate in the appeal trial. The provision for the participation of the person that exercises his/her discretionary right to review the judicial act by the application of the only procedural compulsion measure as stipulated by the law, to say the least, is absurd. The solution proposed in the draft is not acceptable either from the viewpoint of efficiently exercising the right to review the judicial act concerning the appellant.

The appeal against the judicial act is an additional guarantee to the trial participants, which they use at their absolutely subjective discretion. If we take into account also the limited nature of the appeal, i.e. that the limits of the appeal trial are determined by the appellant with his/her appeal, then we think that it is not arguable that the participation of the defendant in the appeal trial cannot have the same significance as the defendant's participation in the trial of the case in the first instance court. This fact has also been acknowledged by ECHR, which stipulates that the personal presence of the defendant in the appeal instance does not have "the same significance, as in the first instance (*Kamasinski v. Austria*<sup>35</sup>, 106; *Kremzow v. Austria*<sup>36</sup>, 58)."

Under these conditions, and especially taking into account the discretionary and limited nature of the appeal trial, we think that it is quite acceptable and objectively necessary to envisage the possibility of the trial in absentia of the person in the appeal instance based on the explicit wish of the person to act so.

## V. Conclusion

The analysis of international legal documents on trial in absentia enables to identify the following main criteria of legitimacy of that concept:

1. Proper notice of the defendant, which includes all the possible means to ensure the defendant's participation in the trial. ECHR will never consider a trial in absentia consistent with the meaning of the convention, when the notifications have been sent, but all the necessary means have not been undertaken to identify whether the person deliberately avoids justice and to ensure his/her presence in the court.
2. The absence of the defendant from the trial, even in case of deliberate avoidance, shall not be assumed as rejection of the right to defense and cannot serve

<sup>33</sup> Kazakov A.A.(2009), *Distance Trial of Criminal Cases*, Synopsis-discussion, Ph.D., in Law, Yekaterinburg, p.16.

<sup>34</sup> See the decision of RA's Court of Cassation dated March 26, 2010 in case of Tigran Kamalyan ESHD/0097/01/09, clauses 18-20.

<sup>35</sup> December 19, 1989; *Application no. 9783/82*:

<sup>36</sup> September 21, 1993; *Application no. 12350/86*:

as a basis to conduct the trial in absentia of the defender. Moreover, in case of the defendant's absence, to ensure the possible equality of arms, it is assumed to enlarge the defender's procedural possibilities.

3. The defendant, except in the case when he/she explicitly rejects the right to participate in the trial, must have the right to the retrial of his/her case by the court that tried that case in absentia, so that the defendant has the opportunity to prove that his/her absence was not due to the intention to avoid.
4. The defendant must have the right to review the judicial act made in absentia.

The Armenian legislature, which considered the idea of trial in absentia of the defendant as acceptable in principle, did not pay proper attention to the European standards about the issue, as a result of which it has envisaged virtually an unacceptable option of the trial in absentia. We think that ongoing criminal justice reforms should also include the concept of a trial in absentia as well as by allowing the two admissible versions of such trials, the classical examples of which were discussed above.

# Analysis of Azerbaijani Criminal Procedure Law from the Perspective of the Reasonable Time Requirement

## I. Introduction

*The major purpose of the judicial-legal reforms in Azerbaijan lies in harmonizing national legislation with European standards. In doing that, it is important to supplement the legislative declaration of human rights and basic freedoms with effective legal mechanisms to ensure and protect them. In this context, the present article treats the meaning of the concept of 'reasonable time' and its legal applications, and analyzes the time limits established in the criminal procedure law of the Republic of Azerbaijan from the perspective of the reasonable time test.*

## II. Meaning and legal substantiation of the concept of 'reasonable time'

Time is a key measure of judicial procedure, especially with regard to the administration of justice in the courts. An English maxim well captures the value of time when it states plainly that "justice delayed is justice denied."

Ruling 5 of the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan of 30 March 2006 ("On application of provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the case law of the European Court of Human Rights in administration of the court of justice"), recognised as a turning point in implementing the judicial-legal reforms in Azerbaijan, recommended to the courts hearing criminal cases to be guided, along with national law, by international legal instruments, above all by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In fact, the wording of the Ruling (Part 2, para 3) suggested that abidance with international commitments is imperative: "With regard to breach of human and civil rights and freedoms, the courts, along with national legislation, must apply provisions of the Convention and refer to the case law of the European Court."

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted in 1950 (hereinafter the Convention) states with reference to 'Right to a fair trial' in Article 6.1: "In the determination of his civ-

il rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law."

The literal interpretation of the Convention would require the application of the 'reasonable time' criterion strictly to the judicial procedure in criminal cases. However, there is a substantial body of the European Court of Human Rights (hereafter ECtHR or the Court) case law establishing that the reasonable time commences during the pre-trial investigation. E.g. in *Deweere v. Belgium* (1980), the Court ruled that the reasonable time period should be counted from the moment of charging with a criminal offence<sup>2</sup>.

Therefore, we have to clarify what is meant by 'reasonable time' and how the case law of the Court sets its boundaries. When analysing the term, we immediately face the task of defining what is 'reasonable.' Philosophically, 'reason' is understood as a capacity of a conscious and cognizant individual to establish internal and external relations between objects and events, systematize them and uncover their meaning<sup>3</sup>. That is, the category of reason does not apply exclusively to higher minds, but to thinking abilities of any ordinary individual who is able to see things and events in accordance with their normal, logical interrelations. When assessing the reasonable time requirement from this perspective, it is clear that 'reasonable time' is what parties to the proceedings think should be a maximum time needed for the resolution of a case given its level of complexity and parties' stance in a case and towards each other. The word 'reasonable' used in the English text of the Convention has a dictionary definition of "agreeable to reason or sound judgment; logical<sup>4</sup>."

More than any philosophical or linguistic understanding of what constitutes 'reasonable,' law enforcement agencies should be guided by the legal definition and standards. For example, unlike the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan, the equivalent Code of the Russian Federation, as amended by Federal Law No. 63-F4 of 4 May 2010, includes Article 6.1, 'Reasonable time for judicial criminal proceedings, which defines the reasonable time requirement and prescribes its starting and end points. According to Paragraph 3, Article 6.1 of the Russian Federal Law, 'reasonable time' commences from the moment of initiation of criminal prosecution and ends with termination thereof or the pronouncement of a guilty verdict by the court. When evaluating the reasonable time requirement, the law takes into account legal and actual circumstances of a case; behavior of the parties to the criminal prosecution proceedings; performance of the court, prosecutor, chief of the investigation agency,

<sup>1</sup> Police Captain, Senior Lecturer, Chair of Criminal Process, Police Academy of the Ministry of Interior of the Republic of Azerbaijan, Post-graduate student, Judicial Investigation Centre of the Ministry of Justice of the Republic of Azerbaijan

<sup>2</sup> *Deweere v. Belgium*, 27 February 1980, §44.

<sup>3</sup> Е.В. Рябцева. Реализация принципа разумности в уголовном процессе России, p.1. <http://www.iaaj.net/book/export/html/463>

<sup>4</sup> Hornby A.S. (1995), 5th edition, *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, ed. Jonathan Crowther, p. 970.

investigator, head of the enquiry group and enquirer; and the overall time assigned for the criminal prosecution proceedings.

As the Azerbaijani legislation does not provide a clear definition of 'reasonable time,' we must, pursuant to the aforementioned Ruling 5 of the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan of 30 March 2006, refer to the case law of the European Court of Human Rights. Many ECtHR judgments deal with the substance and legal interpretation of the reasonable time requirement in the context of domestic legal procedures and indicate ways of how this requirement can be complied with<sup>5</sup>.

When examining whether the reasonable time test has been met, the European Court first tries to establish the commencement and ending points of the reasonable time period (*dies a quo* and *dies ad quem*, respectively). In *Neumeister v. Austria*, the Court ruled that the period should commence from the time a person is charged with a criminal offence. The definition is provided in the aforementioned judgment of *Deweert v. Belgium* as the moment when "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence"<sup>6</sup>.

The reasonable time precedent is well established in *Bertin-Mouroit v. France* (2000) where the judgment reads that "that the period to be taken into consideration in respect of Article 6 paragraph 1 begins to run as soon as a person is formally charged or when the suspicions relating to this person have substantially affected the latter's situation because of measures taken by the prosecuting authorities"<sup>7</sup>, i.e. the reasonable time period starts before the court hearing during the pre-trial investigation phase. 'Measures taken by the prosecuting authorities' that warrant the commencement of the reasonable time period may include: arresting (apprehending) a person; an official notification of a criminal offence allegation served to a person; or starting a pre-trial investigation (criminal prosecution proceedings)<sup>8</sup>.

Summing up the ECtHR case law related to the *dies a quo* of the reasonable time requirement, we see that it may be triggered by different measures (events) in accordance with the nature and circumstances of a particular case, viz., the decision to initiate a pre-trial investigation<sup>9</sup>; the decision to take an individual into custody<sup>10</sup>; the decision to start a search for an individual<sup>11</sup>; the moment of actual apprehension of a person<sup>12</sup>; the date when a person

is served an indictment<sup>13</sup>; the moment when a person's official inviolability is removed<sup>14</sup>; the date when a person is notified of the initiation of a pre-trial investigation or of acceptance of his/her case to the court procedure<sup>15</sup>, etc.

Ending of the reasonable time period (*dies ad quem*) is easier to identify. The position of the Court is that *dies ad quem* concurs with the decision of the last domestic instance hearing of the case<sup>16</sup>.

The Court's case law also defines standards for adjudging the time elapsed between *dies a quo* and *dies ad quem* as 'reasonable', depending on the criteria established in *Frydlender v. France* (2000):

1. The case's complexity;
2. The applicant's behavior;
3. The behavior of competent authority; and
4. Risks that the applicant may face<sup>17</sup>.

In setting these criteria, the Court has established itself as competent to judge the reasonableness of the length of criminal proceedings without defining specific times and limits that are left to national authorities to set, based on domestic conditions and circumstances.

### III. General time provisions and the notion of reasonable time in the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan

It is impossible to imagine criminal prosecution proceedings unbounded by time. Legally established time limits help ensure rights and freedoms of parties to the proceedings and, on the other hand, help prosecutorial authorities to organize their work in a timely and efficient manner.

Chapter XXIV, titled 'Time Limits in Criminal Proceedings', of Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter 'CPC') stipulates general provisions in relation to time limits throughout the process. As per CPC Article 202.1, time limits are calculated in terms of hours, days, months and years.

Limits that are counted in terms of weeks, though not mentioned in the above general provisions, occur once in the CPC text, namely in Article 59.2, which says, "At the request of the person acquitted or the person against whom the criminal prosecution was discontinued, the court or investigating authority shall inform **within 2 weeks** the previous or present employer, the place of study and place of residence..." This provision is taken verbatim from Article 7 'Compensation of substantive and moral damages inflicted on physical persons due to illegal actions of enquiry, investigative, prosecutorial and judicial authorities' of the Law of the Republic of Azerbaijan No. 610 of 29 De-

<sup>5</sup> *Neumeister v. Austria*, 27 June 1968, §18; *Foti and others v. Italy and Corigliano v. Italy*, 10 December, 1982, §52 and §34, etc.

<sup>6</sup> *Neumeister v. Austria*, 27 June 1968, §18; *Deweert v. Belgium*, 27 February 1980, §44.

<sup>7</sup> *Phillippe Bertin-Mouroit v. France*, 2 August 2000, §52.

<sup>8</sup> *Hozee v. The Netherlands*, 22 May 1998, §43; *Reinhardt and Sli-man-Kaid v. France*, 31 Mart 1998, §93.

<sup>9</sup> *Ringeisen v. Austria*, 16 July 1971, §110; *Motta v. Italy*, 19 February 1991, §17.

<sup>10</sup> *Boddaert v. Belgium*, 12 October 1992, §35.

<sup>11</sup> *Coeme and others v. Belgium*, 22 June 2000, §133.

<sup>12</sup> *Yagci and Sargin v. Turkey*, 8 June 1995, §58.

<sup>13</sup> *Neumeister v. Austria*, 27 June 1968, §18.

<sup>14</sup> *Frau v. Italy*, 19 February 1991, §14.

<sup>15</sup> *Ficara v. Italy*, 19 February 1991, §14; *Adiletta and others v. Italy*, 19 February 1991, §15.

<sup>16</sup> *Vernillo v. France*, 20 February 1991, §29.

<sup>17</sup> *Frydlender v. France* [GC], 27 June 2000, §43.

ember 1998 (that is, enacted two years prior to the CPC) “On compensation of damages inflicted on physical persons due to illegal actions of enquiry, investigative, prosecutorial and judicial authorities.”

CPC Article 202.1 also prescribes the rule for calculating time limits. That is, in calculating periods for the purposes of criminal proceedings, the hour and day marking the start of the period shall not be taken into account. During criminal proceedings, when periods are calculated in days, the period shall start at midnight on the first day and end at midnight on the last day. When periods are calculated in months and years, the period shall end on the relevant day of the last month, but if that month does not contain the relevant date, it shall end on the last day of the month (e.g. a period started on 31 October shall end on 28 or 29 February)<sup>18</sup>. If the last day of the period is not a working day, the first working day thereafter shall be considered to be the last day of the period<sup>19</sup>.

Unfortunately, the latter provision may lead to breach of rights of the suspect or the accused. Reviewing the detention provision in CPC, we observe that Article 148.4 provides that “the detention of the person may not exceed 48 hours.” But by applying the norm in Article 202.1, we may conclude that if the end of the period is not a working day (a weekend or holiday), the first working day thereafter shall be considered the last day of the period, meaning that a suspect may stay in temporary detention 72 or more hours instead of the mandatory 48 hours. The same situation also applies to the accused under the measure of restraint. It may be advisable to revisit this legal norm in the future to establish specific time-counting rules for detention in temporary detention cells and pre-trial detention facilities.

CPC Article 203 ‘Results of failure to comply with set time limits and rules for the reinstatement of time limits’ provides that procedures carried out during criminal proceedings after the expiry of the time limit shall be considered invalid if the time limit is not reinstated. If the time limit for lodging a complaint against the prosecuting authority has expired, a stay of execution may be granted on the application or at the request of the person concerned until the matter of the reinstatement of the time limit in question is settled. I think we may conclude that this provision is optimal for effectively protecting the rights of citizens in relation to failure to comply with time limits.

Although Chapter ‘Time Limits in Criminal Proceedings’ and other CPC provisions dealing with time requirements do not explicitly mention the reasonable time concept, a careful reader would come across norms that reflect this understanding. For instance, Article 48 ‘Guarantee of

speedy conduct of the criminal prosecution’ contains an element of the reasonable time requirement. Paragraph 1 of this Article states that the criminal prosecution shall be started (reference to *dies a quo*) and finished (reference to *dies ad quem*) by the pre-trial investigator, investigator, prosecutor or court within the time limits laid down in the Code in order to guarantee the collection and examination of evidence in good time and to ensure that people do not wait too long before being charged, having their cases heard or their rights restored<sup>20</sup>.

Criminal procedure law of Azerbaijan requires that a competent authority responsible for criminal justice shall both comply with time limits and implement prescribed tasks within those time limits<sup>21</sup>. Moreover, the requirement to comply with time limits is not only assigned to the court (as per Article 6 of the Convention) but is extended also to the pre-trial investigator, investigator, and prosecutor<sup>22</sup>.

#### IV. Phases of criminal proceedings and the reasonable time requirement

More than two hundred complex procedural actions shall be implemented in a given case from the moment of first obtaining information on a crime committed or planned through the pre-trial investigation to the full judicial resolution of a case. Naturally, these actions need to be well planned and carried out in a systematic, phased manner in order to fulfill the purpose of the administration of justice and ensure rights and freedoms of the parties to the proceedings in a timely and efficient fashion. Hence, criminal procedure is divided into several phases, each of which differs in the following instances: objectives and tasks; parties to the proceedings; procedural terms; procedural relations; and decisions and acts<sup>23</sup>.

Criminal procedure law of the Republic of Azerbaijan does not establish specific procedural phases. However, procedural scholars Mirağa Cəfərquliyev, V.V.Vandyshev and P.A.Lupinskaya identify six main phases and two special phases of criminal procedure<sup>24</sup> in the following sequence: (1) case opening; (2) pre-trial enquiry and investigation (commonly designated under the name of pre-trial

<sup>20</sup> *Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsi*, 2000, Bakı, Qanun, Maddə 48.1., 48.1.1., 48.1.2., səh.29 (The Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan. Article 48.1., 48.1.1., 48.1.2.). Same language is found in ECHR judgments on the breach of Article 6 rights.

<sup>21</sup> *Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsi*, 2000, Bakı, Qanun, Maddə 8.0.3., 48.2., səh.10, 29-30 (The Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan. Articles 8.0.3. and 48.2.).

<sup>22</sup> *Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsi*, 2000, Bakı, Qanun, Maddə 48.1., səh.29 (The Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan. Article 48.1.).

<sup>23</sup> В.В. Вандышев. *Уголовный процесс: Общая и особенная части. Учебник*. Moscow, 2009, p.11.

<sup>24</sup> Mirağa Cəfərquliyev. *Azərbaycan Respublikasının cinayət prosesi. Dərslük* (3rd edition). Bakı, 2008, p.19; В.В. Вандышев. *Уголовный процесс: Общая и особенная части. Учебник*. Москва, 2009, p.12; П.А. Лупинская. *Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. Учебник* (2nd edition), Moscow, Norma, 2009, pp. 26-28.

<sup>18</sup> It should be noted here that CPC Article 7.0.35 defines ‘night time’ as a period between 22:00 of the preceding day and 07:00 of the following day.

<sup>19</sup> *Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsi*, 2000, Bakı, Qanun, Maddə 202.3., səh.166 (The Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan. Article 202.3.).

discovery or pre-trial investigation); (3) transfer of a case to the court (also known as the court preparatory phase); (4) trial and verdict; (5) appeals procedure; (6) sentence execution; (7) cassation procedure; and (8) reopening a case in view of newly discovered evidence.

Each phase of the criminal procedure may in turn entail or consist of a few sub-phases or parts of its own, viz., the pre-trial discovery includes pre-trial enquiry and pre-trial investigation; the trial comprises initial hearing, judicial discovery, pleadings of the parties, oral argument and rebuttal, last plea, and delivery of the sentence.

During the case opening phase, information about a crime is initially examined and assessed by a competent authority for the evidence of *corpus delicti*. Upon discovery of the grounds for the latter, a criminal case is opened and a decision is taken to institute criminal proceedings. According to CPC Article 207, 'Rules governing examination of information about an offence committed or planned,' the preliminary investigator, the investigator or the prosecutor in charge of the procedural aspects of the investigation shall register immediately and examine any information received from individuals or legal entities about an offence committed or planned, and information within the investigating authority's jurisdiction, which has been published in the media and submitted together with confirming documents. Time limits for case opening are set as following:

- 1) **Immediate:** in cases of 'obvious offences' or, as under Article 209, 'known facts.' We may conclude that the wording ('immediate') used in these provisions passes the reasonable time test as it requires instituting criminal proceedings without any undue delay (no later than 24 hours). 'Obvious offences' stands for those offences where a probable offender is known and circumstances in which an offence is committed are clear<sup>25</sup>. Paragraph 2 of Article 209 provides a detailed list of 'known facts' based on which the prosecutor in charge of the procedural aspects of an investigation shall institute criminal proceedings.
- 2) **Three to ten days:** used, except for obvious offences, for verifying that there is sufficient evidence to institute criminal proceedings (examining the scene, obtaining testimony of victims and witnesses, etc.) and is deemed sufficient for discovering the *corpus delicti*.
- 3) **Twenty days:** used when referring to expert opinion is necessary for the examination of information. There is an inconsistency in the provisions governing the expert opinions. On one hand, Paragraph 4 of Article 207 states, "Apart from examination of the scene, performance of other investigative proce-

dures and implementation of coercive procedural measures shall be prohibited before criminal proceedings have commenced." On the other hand, referring to an expert opinion is also an investigative procedure. To avoid this conflict, it would be advisable to prescribe here that referring to an expert opinion is another procedure, along with the crime scene examination, that can be undertaken before a formal institution of criminal proceedings.

- 4) **Thirty days:** used when there is a need to examine activities of a legal entity with recourse to specialist knowledge of science, technology, the arts or other professional domains, or to an audit inspection.

A decision to institute criminal proceedings completes the case opening phase and ushers in the phase of pre-trial discovery which, as defined in CPC Article 7.0.22, consists of pre-trial enquiry and pre-trial investigation.

The enquiry shall be completed within 10 days; this term can never be extended. Whereas the limit for the investigation is counted from the day of instituting criminal proceedings, the limit for the enquiry starts from the first receipt of information about an offence<sup>26</sup>. Although officials conducting the enquiry complain about this time counting rule and general lack of time for conducting enquiry, legally this provision is fully in line with the reasonable time requirement.

The time limit for the pre-trial investigation is set in CPC Article 218. It is counted from the case opening (a decision to institute criminal proceedings) until a case is either sent to court or discontinued (a decision to terminate criminal proceedings). Depending on the gravity of the offence, the time limit may vary from two months for offences which do not pose a major public threat to three months for minor offences, three months for serious offences, and four months for very serious offences. Where justified by the complexity of a criminal case, the time limits for conducting the investigation laid down in CPC Article 218.2 may be extended up to three times (when a case is classified as complex and later reclassified as especially complex and exceptionally complex).

CPC does not define the substance and bounds of what constitutes a complex, especially complex and exceptionally complex criminal case. We may assume that this is simply a matter of degree. When an initial term does not suffice for a careful, comprehensive investigation of a case, it is classified as complex and the term is extended. By the same token, when the limit for a complex case ends, it can be reclassified as especially complex, and when its term is up, it is further reclassified as exceptionally complex. Certainly, the extensions may not exceed the maximum limits set in CPC Article 218.10, six months for an offence which does not pose a major public threat, nine

<sup>25</sup> Ruling of the Plenum of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan of 12 January 2011 "On interpretation of provisions of Articles 293.1 and 293.0.4 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan", para 20.

<sup>26</sup> *Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosesual Məcəlləsi*, 2000, Bakı, Qanun, Maddə 295.1., səh.238 (The Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan. Article 295.1.).

months for a minor offence, 12 months for a serious offence, and 18 months for a very serious offence.

Stipulating time limits in accordance with the severity of the crime may be generally commended as appropriate and compliant with the reasonable time principle. However, actual time needed for the investigation depends more on circumstances of a case rather than the severity of an offence. For example, a case of a man killing his wife out of jealousy witnessed by his neighbors is classified as an intentional homicide, i.e. a grave offence, but it might be much easier to investigate than a theft of money or items worth less than AZN 1,000 (petty larceny), classified under Article 177.1 of the Criminal Code as an 'offence which does not pose a major public threat.'

Time limits for judicial phases of criminal proceedings are established as follows:

1. **Court preparatory phase.** A preparatory hearing is held within 15 days of the submission of a case file to the court, followed by initiating judicial investigation within 15 days of the preparatory hearing. Therefore, the maximum time required for this phase is **30 days**.
  2. **Trial and verdict.** The law establishes **no specific time limit** here. Time required for hearing a case and passing a judgment is established by the court depending on a case's complexity, number of parties and episodes to be investigated, etc., i.e., reasonable time limits are set and regulated by a judge.
  3. **Appeals procedure.** Complaints and appeals can be lodged within 20 days of the judgment of the first instance court that has not entered into force. The court of appeals appoints a hearing within thirty days of receiving a case file from the first instance court. Time for reexamination of the case is again **not specified** and is left to the consideration of the court.
  4. **Cassation procedure.** Takes **up to 18 months** from the lodging of a cassation petition of the judgment of the appeals court that has entered into legal force.
2. Although the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan does not explicitly allude to the reasonable time concept, the language of Article 48 of the Code 'Guarantee of speedy conduct of the criminal prosecution' contains an element of reasonable time.
  3. Time limits set in the Code of Criminal Procedure for phases of criminal proceedings are sufficiently clear and in line with the reasonable time requirement.

## V. Conclusions

After analyzing the phases of criminal proceedings required under the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan, it should be noted that the time limits set therein are fully compliant with the reasonable time requirement. Having viewed the criminal procedure legislation of Azerbaijan through the lenses of the reasonable time standard, we may conclude that:

1. Going beyond the literal interpretation of Article 6 of the Convention, the European Court of Human Rights has established a case law by applying the reasonable test to the entire criminal procedure, from the case opening and through the pre-trial investigation.



# The Concept of Criminal Charge in the European Convention on Human Rights and Criminal Procedure Law of the Republic of Azerbaijan

## I. Introduction

The first part of the article endeavors to demonstrate that an overly narrow definition of the criminal charge used in the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter 'CPC') deprives a category of individuals from legal counsel and the right to legal defense, including the right to request a court hearing. It is followed in the second part by discussion of the concept of 'criminal charge' in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter 'the Convention') and its application in the case law of the European Court of Human Rights (hereinafter 'ECtHR' or 'the Court'). The final, problem-solving part of the article introduces proposed changes to the criminal procedure law.

## II. Problem definition: criminal charge in the criminal and criminal procedure law of the Republic of Azerbaijan

### 1. Definition of criminal offence in the criminal law of the Republic of Azerbaijan

The Criminal Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter 'CC') furnishes a definition of a crime (criminal offence) in Article 14.1: "Crime is a socially dangerous behavior (action or inaction), forbidden by the present Code under the threat of punishment." The law provides the following attributes amounting to a criminal offence:

(1) **Socially dangerous character** – under CC Article 14.2, "action (inaction), though formally containing elements of an action (inaction) forbidden under the criminal law, may not be deemed a crime if by virtue of insignificance it does not represent a public threat, that is, if it does no harm and does not threaten to cause harm to persons, the society or the state."

(2) **Stipulation of an offence in the criminal law** – under CC Article 5.1, "criminal offence (action or inaction) and sanctions and other measures of criminal-legal nature for the said offence shall be determined solely by the present Code."

- (3) **Guilt in committing an offence;** and
- (4) **Punishable offence.**

### 2. Definition of criminal charge in the criminal procedure law of the Republic of Azerbaijan

A criminal charge is defined in CPC Article 7.0.20 as: "The charge is an allegation of committing a specific offence under the criminal law as provided in the present Code." This definition is in line with the concept of criminal charge found in the legal literature of the countries of the former Soviet Union, viz., "A charge is a procedural action which asserts commission of a criminal offence by a person held criminally liable and ensures apportionment of a fair sanction for the said offence;"<sup>2</sup> – "A charge is understood as an allegation, delivered in the manner prescribed by the criminal procedure law and aimed at creating criminal liability, of commission of a criminal offence by an individual, which is stipulated in a procedural act by an authority conducting a pre-trial investigation or by a prosecutor, or in an application by a victim;"<sup>3</sup> – "A charge is an action purported to prove the guilt of an individual in order to ensure the exposure of a crime and a correct judgment by the court about criminal liability for the same"<sup>4</sup>.

It is clear from these quotations that the legislation and the predominant legal doctrine restrict the concept of a criminal charge to an allegation of commission of a criminal offence or to proving guilt of an individual in committing a criminal offence. This position of the legislature has its problems as it creates contradictions and gaps between a definition of a criminal charge and other provisions of the law.

Under CPC Article 90.1, a suspect "is a person whom it has been decided to detain with a view to criminally charge; a person detained on suspicion of committing an offence; a person about whom a decision is taken on the choice of a restrictive measure, excluding arrest, bail and house arrest." CPC Article 91.1 defines the accused as "the individual whom the investigator, prosecutor or court decides to charge as the accused."

A person not deemed as a suspect or accused within the meaning of the law is not considered to be charged even if that person is questioned about a criminal offence.

A case in point is the Ruling "On interpretation of Article 449.2.3 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan" by the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan on 5 August 2009, which reads: "Under CPC Article 90.1, a suspect is a person whom it has been decided to arrest with a view to bring criminal charges; a person detained on suspicion of committing an offence; a person about whom a decision is taken on the choice

<sup>2</sup> M.Ə. Cəfərquliyev, *Azərbaycan Respublikasının cinayət prosesi. Dərslük*. Bakı, Qanun, 2008, p. 17.

<sup>3</sup> X.R. Vəliyev. *Dövlət ittihamının müdafiə edilməsinin müasir problemləri*. Bakı, Hərbi Nəşriyyatı, 2012, p. 23.

<sup>4</sup> А.С. Кубликова. *Уголовный процесс*. Moscow, 1995, p. 42.

<sup>1</sup> 1st-year graduate student, Department of Law, Baku State University

of a restrictive measure, excluding arrest, bail and house arrest. Under CPC Article 91.1, the accused is the individual whom the investigator, prosecutor or court decides to charge as the accused. Whereas, A. Mədətov was not recognised either as the suspect or the accused under these provisions and a decision was taken to discontinue criminal prosecution and terminate criminal proceedings against him for the absence of essential elements of crime under CC Articles 186.2.2 and 306.1 in his actions. However, such a decision can only be made about a suspect or the accused. This fact alone can indicate that A. Mədətov falls, *de facto*, in one of the two above-stated legal positions. It should be noted that both a suspect and the accused have a right to complain about the actions (inaction) of criminal procedure officials pursuant to CPC Articles 90.7.20, 91.5.30 and 449.2.1.<sup>5</sup>

I believe that this ruling of the Constitutional Court in this case was a fair decision which serves to strengthen the protection of human and civil rights. However, it fell short of guaranteeing basic procedural rights to all parties to criminal proceedings. The ruling states that “other parties to criminal proceedings, including witnesses, have a right to complain about the actions (inaction) of criminal procedure officials if actions or decisions taken by the latter interfere with the rights and lawful interests of the former, or may harm rights and freedoms enshrined in the Constitution of the Republic of Azerbaijan or impede access to a fair trial.”<sup>6</sup> Thus, the Constitutional Court ruling establishes the right of parties other than suspects and the accused to complain about the actions (inaction) of criminal procedure officials. In this context, a few questions about the rights of parties other than suspects and the accused to avail of legal defense and aid (CPC Article 19) and request a court hearing (CPC Article 22) arises. Can these individuals request a court hearing? Can they be provided with a state-appointed legal counsel?

CPC Article 19.4.1 recognizes “the right of the suspect or accused to have the assistance of the counsel for defense from the moment of detention or arrest, as the suspect before the first interrogation or as the accused as soon as charges have been laid.” CPC Article 22 states: “The judicial authorities shall secure the right of everyone to a fair and open court hearing in connection with the charges against them or the coercive procedural measures applied to them. The right to a court hearing may not be refused for any reason.”

Therefore, the narrow definition of the criminal charge deprives interrogated individuals that are not designated as either a suspect or accused of these important pro-

cedural rights. The Ruling “On interpretation of Article 449.2.3 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan” by the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan on 5 August 2009 provided only a partial respite as it recognised the right of these individuals to complain of actions (inaction) of officials.

### III. Problem view: criminal charge under the Convention

#### 1. Definition of criminal offence under the Convention

The right to a fair trial is thus expressed in Article 6.1 of the Convention: “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.*”

To understand the scope and applicability of this standard to our topic, it is important to identify what is meant by criminal offence and criminal charge in the ECtHR case law as different from the Azerbaijani national legislation. The Court’s judgment in *Adolf v. Austria (1982)* states that the phrase ‘criminal charge’ “should be interpreted in the context of the Convention, independently of the formalities of national law.”<sup>7</sup>

The European Human Rights Committee interprets a criminal offence to “relate in principle to acts declared to be punishable under domestic criminal law. The notion may also extend to acts that are criminal in nature with sanctions that, regardless of their qualification in domestic law, must be regarded as penal because of their purpose, character or severity.”<sup>8</sup>

In *Engel and others v. Netherlands (1976)*, the Court advanced a definition of a criminal offence comprising the following three elements: (1) categorization of an alleged offence in the domestic law as criminal; (2) nature of the offence; and (3) nature and degree of severity of the possible penalty:

*“It is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, under the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently...”*

*The very nature of the offence is a factor of greater import. ...*

*However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the “criminal” sphere deprivations of liberty liable to be im-*

<sup>5</sup> Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosesual Məcəlləsinin 449.2.3-cü maddəsinin şərh edilməsinə dair, 05 avqust 2009-cu il (The Ruling “On interpretation of Article 449.2.3 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Azerbaijan” of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan of 5 August 2009), <http://constcourt.gov.az/decisions/169>.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Adolf v Austria*, Judgment of 26 March 1982, Series A, No. 49, §14.

<sup>8</sup> Communication No. 1015/2001, *Perterer v. Austria*, § 9.2.

posed as a punishment, except those that by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental.”<sup>9</sup>

### 1.1 Categorization of criminal charges in domestic legislation

To cite once more from *Engel and others v. Netherlands* (1976):

“The Convention without any doubt allows the states, in the performance of their function as guardians of the public interest, to maintain or establish a distinction between criminal law and disciplinary law, and to draw the dividing line, but only subject to certain conditions. The Convention leaves the States free to designate as a criminal offence an act or omission not constituting the normal exercise of one of the rights that it protects.

The converse choice, for its part, is subject to stricter rules. If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a “mixed” offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention.”<sup>10</sup>

If an offence is classified as ‘criminal’ under domestic law, Article 6.1 of the Convention is applicable on the strength of the first Engel criterion. However, an offence may be classified differently in the domestic legislation, e.g., as ‘administrative’ rather than ‘criminal,’ in which case applicability of Article 6.1 depends on the interpretation of the second and/or third Engel criteria.

## 1.2 Nature of the offence

### 1.2.1 Criminal vs. disciplinary offences

The second weightier criterion is the nature of the offence,<sup>11</sup> criminal, administrative or disciplinary. A charge is “criminal” in nature if it concerns a norm which is basically addressed to everyone rather than to a restricted group of persons and if the sanction imposed pursues, in the first place, a retributive goal.<sup>12</sup> Universality of the norm is much more important than severity of the offence. A relatively insignificant action breaching a universal norm is still within the ambit of Article 6 as the “criminal” nature of the offence does not require a special degree of gravity.

On the other hand, a provision of disciplinary law only addresses persons belonging to the disciplinary system.

However, there are also several prohibitions of criminal law, which can only apply to certain persons such as minors or adults, parents and guardians, spouses, officers, civil servants, etc. The distinguishing feature implied in this criterion is not the number of addressees, but their quality as members of a specific group, combined with the interests protected by the rule. In the *Eggs* case, the European Commission of Human Rights took into consideration not only that the violated rule was addressed to persons belonging to the army, but also that it governed the operation of the armed forces and did not affect the general interests of society normally protected by criminal law.<sup>13</sup>

We may conclude from the Court’s judgment in *Demicoli v. Malta* (1991) that where a law purports to prevent actions of individuals belonging to a special group or class of the population (e.g. paramedics, military personnel, prisoners, etc.), it falls within the scope of disciplinary provisions and is thus outside of the coverage of Article 6.<sup>14</sup> If a legal norm is applied to members of a restricted group (e.g. occupational), it certainly indicates that this norm belongs in a disciplinary rather than criminal law. If a norm has a universal effect, it is very likely to fall within the ambit of Article 6,<sup>15</sup> whereas disciplinary sanctions are generally designed to ensure that the members of particular groups comply with the specific rules governing their conduct.<sup>16</sup>

### 1.2.2 Criminal vs. administrative offences

It is also important to set out the criteria that enable the differentiation between criminal and administrative offences because if the states would classify offences into criminal and non-criminal categories without regard to the ECtHR case law, it might create problems in effective application of Article 6.

The purpose of sanction as a sub-criterion mainly serves to distinguish criminal sanctions from purely administrative sanctions. The ECtHR held that administrative sanctions have the character of “compensation”, while criminal sanctions have “deterrent” and “punitive” character.<sup>17</sup> Some authors even elevate the purpose of sanction to the level of a separate criterion amongst the Engel criteria of the criminal offence.<sup>18</sup> If a sanction for the offence does not entail the deprivation of liberty and has no similarly punitive character, but amounts to a monetary fine, the Court weighs up whether the fine serves a purpose of compensating for the damages or of deterring from committing repeat offences of the same character. Only in the

<sup>9</sup> *Engel and others v. Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Series A, No.22, § 82.

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 81.

<sup>11</sup> *Weber v. Switzerland*, Judgment of 22 May 1990, Series A, No. 177, § 32.

<sup>12</sup> Zhang J. and Liang X. (2010), *The Scope of Application of Fair Trial Rights in Criminal Matters: Comparing ICCPR with Chinese Law*, Arts and Social Sciences Journal, Volume 2010: ASSJ-5, p. 3.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Demicoli v. Malta*, Judgment of 27 August 1991, Series A, No. 210, § 32-33.

<sup>15</sup> Nula Moul, Katarina Harbi. *Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ. İnsan hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin tətbiqinə dair məlumat kitabçası*. Council of Europe, p. 21.

<sup>16</sup> *Weber v. Switzerland*, § 33.

<sup>17</sup> Zhang J. and Liang X. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>18</sup> Nula Moul, Katarina Harbi. *Op. cit.*, p. 20.

latter case the sanction may be deemed to fall within the scope of criminal law.<sup>19</sup>

Therefore, for the determination of the criminal offence under the second criterion of the nature of the offence, the following factors need to be taken into consideration:

1. whether the legal rule in question is addressed exclusively to a specific group, or is of a generally binding character (see, for example, *Bendenoun v. France*, 24 February 1994, Series A, no. 284, § 47);
2. whether the proceedings are instituted by a public body with statutory powers of enforcement (see *Benham v. United Kingdom*, 10 June 1996, Reports of Judgments and Decisions, 1996 III, § 56);
3. whether the legal rule has a punitive or deterrent purpose (see *Öztürk v. Germany*, § 53; *Bendenoun v. France*, cited above, § 47);
4. whether the imposition of any penalty is dependent upon a finding of guilt (see *Benham v. United Kingdom*, cited above, § 56); and
5. how comparable procedures are classified in other Council of Europe Member states (see *Öztürk v. Germany*, cited above, § 53).

### 1.3 Nature and degree of severity of the possible penalty

If the nature of the offence or the purpose of the sanction does not provide a clear indication of the criminal offence, the third Engel criterion, 'nature and degree of severity of the possible penalty' comes into play in order to establish or disprove criminality of an offence.

As the Court ruled in *Engel and others v. Netherlands*: "In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so."<sup>20</sup>

In *Campbell and Fell v. United Kingdom (1984)*, the proceedings for serious disciplinary offences in prison (mutiny and gross personal violence to an officer), in which the accused risked the loss of a substantial period of remission of sentence, were held to be "criminal." The Court did not regard the nature of the offences as of itself bringing the case within the criminal sphere, but considered that the severity of the penalty did so. The Court ruled to apply the Article 6 protection even though under English law, remission is a discretionary measure and regarded by the English courts as being technically a privilege rather than a right: "What is more important is that the practice of granting remission ... creates in him [a prisoner] a legitimate

expectation that he will recover his liberty before the end of his term of imprisonment. Forfeiture of remission thus has the effect of causing the detention to continue beyond the period corresponding to that expectation."<sup>21</sup>

Some examples of cases where severity of the penalty amounted to recognition of criminality of the offence are found in the following ECtHR judgments:

1. Committal to a disciplinary unit involving deprivation of liberty for three to four months in military disciplinary proceedings (*Engel*)
2. Loss of a substantive period of remission of sentence for prison mutiny (*Campbell and Fell*).
3. At least seven "additional days" of custody in the context of prison disciplinary proceedings (*Ezeh and Connors*).
4. Sentence of up to one month's imprisonment (*Kyprianou*).<sup>22</sup>

A threat of imprisonment may also trigger applicability of Article 6. The fact that one of the applicants in *Engel* was given a penalty not involving deprivation of liberty did not change the opinion of the Court as it did not detract from the importance of the key finding in the case.<sup>23</sup>

Conversely, the Court did not find 'criminal' character in the following measures:

1. Light arrest (not involving deprivation of liberty) or a two-day period of strict arrest in military disciplinary proceedings (*Engel*).
2. Compulsory transfer of a military officer to the reserve list in military disciplinary proceedings (*Saraiwa de Carvalho v. Portugal*).
3. Dismissal of state officials under national security legislation on the grounds of alleged lack of loyalty to the state (*Sidabras and Džiautas v. Lithuania*).
4. Fine imposed on a pharmacist for unethical behavior involving irregular pricing of drugs (*M. v. Germany*).<sup>24</sup>

## 2. Definition of criminal charge under the Convention

The Phrases 'criminal charge' and to be 'charged with a criminal offence' that occur in the text of Article 6 of the Convention have the same meaning. As early as in *Neumeister v. Austria (1968)*, the Court has already held that the word 'charge' must be understood "within the meaning of the Convention."<sup>25</sup> Under the Convention, the notion of 'charge' is independent and may be applicable regardless of definitions and conceptions of 'charge' in national laws. In *Deweert v. Belgium (1980)*, the Court established the preference for substantive rather than formal conception

<sup>21</sup> Nula Moul, Katarina Harbi. Op. cit., p. 24.

<sup>22</sup> Vitkauskas D. and Dikov G. (2012), *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg, p. 19.

<sup>23</sup> Nula Moul, Katarina Harbi. Op. cit., p. 24.

<sup>24</sup> Vitkauskas D. and Dikov G. Op. cit., p. 20.

<sup>25</sup> *Engel and others v. Netherlands*, § 81.

<sup>19</sup> Ibid, p. 23.

<sup>20</sup> *Engel and others v. Netherlands*, § 82.

of the charge and noted that it is “compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question.” The Court also defined ‘criminal charge’ as “the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence.”<sup>26</sup> However, in *Foti v. Italy (1983)*, the Court held that charge is not always conditional on the issuance of an official notification but “it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect.”<sup>27</sup> Examples of such measures are the search of a person’s home and/or the seizure of certain goods, the request that a person’s immunity be lifted and the confirmation by the judge of the sealing of a building.<sup>28</sup>

Other examples of when a person may be considered to be under the criminal charge are given below:

- (a) an individual is interrogated as a suspect;
- (b) an arrest warrant is issued;
- (c) an individual is given an official notification of criminal proceedings having been instituted against him;
- (d) a competent authority investigating customs offences summons an individual and freezes his bank account;
- (e) an individual requests legal counsel as the prosecutor’s office initiates a criminal case against him/her based on an incriminating file received from the police.<sup>29</sup>

#### IV. Problem resolution

The discussion in the first part of this paper makes it clear that the CPC defines the criminal charge too narrowly inasmuch as it, contrary to the approach taken by ECtHR, stands by a formal rather than substantive view on the issue and thus denies procedural rights guaranteed in the CPC to those who fall outside this narrow scope. True, a special decree of the President of the Republic of Azerbaijan recommends to the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan and other high-instance courts to study and apply ECtHR case law. Nevertheless, the landmark ruling of the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan of 30 March 2006 (“On application of provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the case law of the European Court of Human Rights in administration of the court of justice”) fails to redefine the concept of ‘criminal charge’ and skips the matter altogether.

I think that the legislative solution could be the best way to deal with the problem. However, the notion of the criminal charge developed in the ECtHR case law may not

be optimal for the legislative redefinition of the concept. Therefore, I propose the following alternative formulation of the criminal charge in the CPC:

“The charge is an allegation, by a competent public authority, of the commission of a criminal offence by an individual in the form of:

- a coercive criminal-procedural action applied to an individual;
- an investigative action purported to implicate an individual in a committed or planned criminal offence;
- operative-search actions purported to implicate an individual in a committed or planned criminal offence; or
- official notification of an individual of other circumstances that may substantially affect his/her consideration as a suspect in a criminal offence;

in the manner prescribed in the criminal procedure and operative-search legislation.”

The proposed definition encompasses the substantial meaning of the criminal charge. Reference to coercive criminal-procedural actions includes all measures under the CPC Section 4 ‘Coercive Procedural Measures’, i.e., detention; arrest; house arrest; bail; restraining order; personal surety; surety offered by an organisation; police supervision; supervision; military observation; and removal from office or position.

I think that a person who is subjected to the following investigative measures can also be considered to be under the charge, provided that these measures are aimed at determining his/her participation or collusion in a criminal offence: interrogation and confrontation; examination; body search; identification of persons and objects; search and seizure; sequestration; confiscation of postal, telegraphic and other dispatches; interception of conversations held over telephone and other devices and of information forwarded with communication media and other technical means; expert opinions; taking of samples for examination; and on-site testimony verification.

A person subjected to operative-search actions purported to implicate him/her in a committed or planned criminal offence should also be considered to be under the charge. The wording ‘implicate in a committed or planned criminal offence’ is included for clarification because not all operative-search actions are related to determination of criminal behavior. For example, a person applying for employment in special security services may be subject to surveillance without any consideration of him/her committing a criminal offence but solely for gathering intelligence. Alternatively, a person may be questioned in relation to a crime on his/her own accord but this does not signify that this measure is taken to implicate him/her with crime.

Article 10.1 of the Law of the Republic of Azerbaijan on Operative-search Activities of 28 October 1999 provides the following list of operative-search actions: questioning,

<sup>26</sup> Nula Moul, Katarina Harbi. Op. cit., p. 24.

<sup>27</sup> *Foti v. Italy (1983)*, 5<sup>th</sup> European Human Rights Report, 313, § 52.

<sup>28</sup> Zhang J. and Liang X. Op. cit., p. 5.

<sup>29</sup> Nula Moul, Katarina Harbi. Op. cit., p. 25.

intelligence gathering; interception of telephone communications; censoring of postal, telegraphic and other communications; interception of information forwarded with communication media and other technical means; censoring of prisoners' correspondence; vehicle examination; entering and examining buildings (including residences), other indoor structures, facilities and sites; observation of buildings (including residences), other indoor structures, facilities, sites, vehicles and other objects; personal surveillance; personal identification; evidentiary purchase; object and document examination; taking samples for comparative examination; evidentiary dispatch; penetration of criminal groups and entering crime scenes; establishment of a legal entity; and corroborative experiments, including crime re-enactments.

Official notification of an individual of other circumstances that may substantially affect his/her consideration as a suspect in a criminal offence is issued by a competent authority. From the moment the notification is delivered to an individual he/she should be deemed officially under the charge and can avail of the rights guaranteed in the Convention and the CPC.

Therefore, an allegation of commission of a criminal offence is cumulative of all actions undertaken with respect to suspects and the accused. They are aimed at proving the fact of a crime, implicate him/her therein and establish guilt. Although from a procedural point, it is secondary to the abovementioned primary elements of the charge, it exhausts the current legal definition of the criminal charge.

Consequently, I maintain that the CPC definition of the criminal charge is incomprehensive as it denies the CPC Articles 19 and 22 rights to a significant group of individuals. Therefore, I propose a new definition of the criminal charge that is more substantive and compliant with human rights standards.

## Reasoning of a Judicial Act under the Light of Fair Trial

### I. Introduction

*The reasoning of a judicial act, as one of the components of fair trial, is an important precondition to have a well-grounded and argued judicial act. In the opposite case, when a court makes a judicial case without reasoning and analysis, which will be illegal, it will not only violate the rights and legitimate interests of the trial participants and parties, but will also undermine the quintessence of the justice.*

*In this article, we will tackle the issues of applicability of the reasoning of a judicial act in the legal system of the Republic of Armenia; whether non-reasoning of a judicial act will lead to the violation of the right to a fair trial; what are the advantages of a reasoned and unreasoned judicial act; and what kind of legal approaches can be found in the judicial acts of the European Court of Human Rights or what kind of legal regulations are there in the national (domestic) legislation of other countries.*

*This work consists of introduction, three main chapters (the first chapter is about the applicability of the principles of a judicial act in the Armenian legal system; the second chapter is about the applicability of the principles of a judicial act in the legal systems of foreign countries and case laws of the European Court on Human Rights; the third chapter is about the advantages and disadvantages of the reasoned and unreasoned judicial act) and conclusion.*

### II. Legal regulations concerning the reasoning of the judicial act in the legal system of the RA

The right to a fair trial is one of the fundamental human rights, which is stipulated and guaranteed not only by the Constitution of the Republic of Armenia (hereinafter referred to as RA), but also by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as European Convention or ECHR).

Despite the importance of the aforementioned right, there is no unified approach to its name, definition, structure and elements. In the case of Golder,<sup>2</sup> the ECHR identified that “Article 6 of the European Convention stipulates individual rights, which, however, stem from the same fun-

damental idea and are in conjunction a single right, which is not defined by a clear term (point 28).”

At the initial stage of the activities of the European Court of Human Rights, this right would be called “right to a good administration of justice.” However, nowadays the term “right to a fair trial” is more in use. The Constitutional Court of RA names the right expressed by this article as “right to a fair trial,” “right to judicial protection,” etc.<sup>3</sup>

The right to a fair trial, as a complex right, in its turn represents certain underlying principles. In particular those are:

1. Right to a fair and public trial
2. Right to a trial by an independent and impartial court
3. Right to a trial by a court established by the law
4. Principle of access to the court
5. Principle of equality of parties
6. Right to effective participation in the trial
7. Principle of reasonable time periods for trial
8. Right to a public judgment
9. Right to have a reasoned decision (judicial act)
10. Principle of presumption of innocence

It is true that in the Constitution of RA, the right to a fair trial or the right to a reasoned judicial act is not directly stipulated. However, it stems from the analysis of a range of legal norms that the Constitution of RA deals indirectly with the right to a fair trial and having a reasoned judicial act. In particular, part 1 of Article 19 of the Constitution<sup>4</sup>, under which everyone shall have a right to restore his/her violated rights, and to be aware of the grounds of the charge against him/her in a fair public hearing under the equal protection of the law and fulfilling all the demands of justice by an independent and impartial court within a reasonable time.

The right to have a reasoned decision is an important component of the right to a fair trial. Though it is not directly stipulated by Article 19 of Constitution of RA, the Constitutional Court of RA has expressed its legal attitude towards this issue.

In particular, in its decision<sup>5</sup> dated April 9, 2007, the Constitutional Court mentioned, “...about the decision to return the cassation appeal, despite the necessary objective to be achieved, without the normative requirement of reasoning behind such a decision, the conditions of fair balance, certainty, legal equality and rule of law cannot be met. Under the Constitutional Court, the normative requirement about the reasoning of the decision of the Cassation Court is an important guarantee to ensure access to justice, as well as the efficiency of judicial protection of the constitutional rights of the people.”

<sup>3</sup> Harutyunyan G. and Vagharshyan A. (2010), *Interpretations of the Constitution of the Republic of Armenia*, Yerevan, p. 222.

<sup>4</sup> Constitution of the Republic of Armenia (with amendments): adopted by RA Referendum dated July 5, 1995 and by RA Referendum dated November 27, 2005.

<sup>5</sup> RA CC Decision (SDO-690), <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2007/index.htm>.

<sup>1</sup> Ph.D., student in Yerevan State University; Deputy Director of the School of Advocates of the Republic of Armenia.

<sup>2</sup> ECHR, case of Golder v. The United Kingdom, (application no. 4451/70, judgment, 21 February 1975,

In its decision dated October 8, 2008<sup>6</sup>, the Constitutional Court mentioned that the reasoning of a judicial act is necessary to make the protection of the rights of the people predictable. In its decision dated July 21, 2009<sup>7</sup>, the Court stipulated that the requirement to reason a judicial act is a guarantee to ensure the right to access to justice.

Thus, we can state that the Constitutional Court considers the reasoning of a judicial act as a necessary and mandatory condition to ensure the right to a fair trial as an integral component of human rights.

The existing Constitution of RA stipulates the principle of reasoning a judicial act, in particular:

1. Under part 2 of Article 21 of RA's Judicial Code,<sup>8</sup> the additional decision of a court shall be reasoned. Under part 4 of Article 50 of the same code, the decision of the Cassation Court to return the cassation appeal shall be reasoned.
2. Under clause 3 of Article 130 of RA's Civil Procedure Code<sup>9</sup>, a court decision shall be lawful and justified. A court shall justify the decision only by the evidence studied at the sitting of a court. Under clause 1 of Article 132 of the same code, a court decision shall consist of introductory, descriptive, reasoning and conclusive parts. In the reasoning part of a decision, a court shall mention the circumstances and evidences on which it rests its conclusions or arguments in rejecting the evidence. It should also mention the laws, international treaties and other legal acts that guided the court in its judgment.
3. A similar legal regulation also exists in the RA's Administrative Procedure Code<sup>10</sup>.
4. Under Article 358 of RA's Criminal Procedure Code<sup>11</sup>:
  - 1) A court judgment shall be lawful and justified.
  - 2) A court judgment is lawful, if it has been ruled in observation of the requirements of the Constitution of RA, the Criminal Procedure Code and other laws, the norms of which are applied in settling a case.
  - 3) A court judgment is justified, if its conclusions are based only on the evidence examined during the trial, the evidence is sufficient to assess the accusation, and the circumstances recognized as confirmed by the court are consistent with the evidence examined in the court.
  - 4) A court judgment shall be reasoned. All the conclusions and decisions penned in a judgment by a court shall be reasoned.

5. Under Article 64 of RA's Law on Constitutional Court<sup>12</sup>, depending on the nature of the case, a decision or a resolution of the Constitutional Court shall include the following information:

- 1) the title of the decision or resolution, the year, the date and the place of its adoption
- 2) the necessary data about the parties and the participants of the trial
- 3) the issue under review, the reason and the ground
- 4) article of the Constitution in accordance with which the Court is empowered to consider the case
- 5) the essence of the appeal in brief
- 6) documentary and other evidence which have been investigated by the Court
- 7) those articles of the Constitution and the Law on Constitutional Court, in accordance with which the decision or the resolution has been passed by the Court
- 8) arguments verifying the decision or the resolution adopted by the Court, including the arguments refuting or confirming the submissions of the parties
- 9) the statement of the decision or the resolution with the invalidity of the relevant acts and provisions as well as the interrelated provisions in cases prescribed by Law indicated
  - 9.1) in the cases prescribed in Chapter 10 of the Law on Constitutional Court, a notification on administrative and judicial acts is a subject of review in accordance with the procedure prescribed by the Law<sup>13</sup>
  - 9.2) In case of adoption of a decision prescribed by clause 1.1<sup>14</sup>, Part 8, Article 68 of this Law in the conclusive part of the decision a summary of the constitutional legal content of the challenged act or its challenged provision
- 10) the statement confirming that a decision or a resolution is final
- 11) the statement confirming that a decision shall take effect immediately after its publication or the time-frame of nullifying any act or a part of it found unconstitutional by the Constitutional Court

The reasoning of a judicial act is a guarantee in exercising the right to appeal against a judicial act when a person appeals against a judicial act ruled by a court of first instance or the Appeal Court on the grounds of a judicial mistake or a new circumstance. Therefore, under the existing RA legislation, the legal regulation about the reasoning of a judicial act is considered well directed and appropriate.

The drafts of new procedure codes (criminal, civil, administrative) that have been introduced (public discus-

<sup>6</sup> RA CC Decision (SDO-765), <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2008/index.htm>,

<sup>7</sup> RA CC Decision (SDO-817), <http://www.concourt.am/armenian/decisions/common/2009/index.htm>,

<sup>8</sup> Adopted by RA National Assembly on February 21, 2007; entered into force on May 18, 2007.

<sup>9</sup> Adopted by RA National Assembly on June 17, 1998; entered into force on January 1, 1999.

<sup>10</sup> Adopted by RA National Assembly on November 28, 2007; entered into force on January 1, 2008.

<sup>11</sup> Adopted by RA National Assembly on July 1, 1998; entered into force on January 12, 1999.

<sup>12</sup> Adopted by RA National Assembly on June 1, 2006; entered into force on July 1, 2006.

<sup>13</sup> Concerns the features of the trial and case settlement in RA Constitutional Court.

<sup>14</sup> Concerns the recognition of the challenged act or its challenged provision as consistent with RA Constitution with the constitutional content identified by the decision of RA Constitutional Court.



sions phase) since 2012 have also adopted the approach of reasoning of a judicial act. Some of their salient aspects are stated below.

**Under Article 172 of the draft Civil Procedure Code of RA:**

- The judgment of the first instance court shall be lawful, justified and reasoned.
- The judgment of the first instance court is reasoned, if it reflects the process of application of the law, evidence assessment and court's observations concerning the facts approval process and conclusions thereof.

**Under part 4 of Article 174 of the same code,** the reasoning part of a judgment shall contain:

- 1) an analysis about the law to be applied, and reference to the norms of international treaties, laws and other legal acts, judgments of the European Court of Human Rights, RA's Constitutional Court, RA's Cassation Court, which the first instance court considers applicable;
- 2) facts significant for the case settlement based on the analysis of legal norms;
- 3) facts not in need of proof, mentioning the part of Article 52 of RA's Civil Procedure Code (facts not requiring proof) and grounds that the person participating in the case is released from the obligation to prove the given fact;
- 4) facts to be proven:
  - a) each fact subject to evidence;
  - b) persons who shall bear the responsibility of proving each fact to be proven on the basis of relevant legal norms;
  - c) the conclusion of the first instance court about the proof of given facts, after the assessment of each piece of evidence provided by people participating in the case, – under Articles 48 (proof relevance), 49 (proof admissibility) and 56 (proof assessment) of Civil Procedure Code of RA;
- 5) in case the evidence provided by a person participating in a case is considered inadmissible, irrelevant or having no evidential force;
  - a. refer to the legal norms, based on which the evidence has been recognized inadmissible, irrelevant or having no evidential force
  - b. the facts, based on which the court came to such a conclusion
- 6) conclusion about the requirements and recommendations of the persons participating in the case being justified;
- 7) reasoning of the first instance court about distributing the litigation costs between the persons participating in a case;

**Under part 3 of Article 373 of the draft Criminal Procedure Code of RA,** a court judgment is justified, if:

- 1) its conclusions are based only on the evidence examined during the evidence examination phase;
- 2) the evidence is sufficient to assess the accusation;
- 3) the circumstances recognized as proven by the court are consistent with the evidence examined in the court;
- 4) all the conclusions and decisions penned in the judgment are reasoned.

**Under Article 387 of the same Code** the reasoning part of a judgment shall indicate:

- 1) the applied law, including international treaties;
- 2) legal analysis of the court;
- 3) court conclusions and legal justifications;
- 4) norms of the law, which guided the court in decision making.

From the abovementioned one can state that the new procedure codes are guided by the principles of reasoning of judicial acts and, in contrast to the existing judicial codes, interpret and clarify the reasoning and justification of a judicial act in detail, and specify the criteria. In other words, they identify the content of the term "reasoning" and its elements according to the procedural meaning.

### III. The reasoning of a judicial act according to the case law (judicial practice) of the European Court of Human Rights and foreign experience study

Under clause 1 of Article 6 of the European Convention, in the determination of civil rights and obligations or of any criminal charges, one is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

We can state that the principle of fair trial is directly stipulated in the European Convention and the concept of a reasoned judicial act is stipulated (analyzed) in the case law of the European Court of Human Rights, i.e. in the court practice.

In particular, in the case of *Hadjianastassiou v. Greece*<sup>15</sup> the ECtHR mentioned, "The courts shall clearly mention the arguments, which are the basis of their decisions."

At the same time the ECtHR underlines that the requirements of a decisions' reasoning shall not be understood in absolute sense.

In the case of *Van de Hurk v. The Netherland*, the ECtHR mentioned that the courts are not bound to present detailed answers to all the questions, except when the argument is significant for the case's outcome<sup>16</sup>. The scope of that obligation can be changed depending on the decision's nature.

<sup>15</sup> ECHR, case of *Hadjianastassiou v. Greece* (application no. 12945/87), judgment, 16 December 1992.

<sup>16</sup> ECHR, case of *Van de Hurk v. The Netherland* (application no. 16034/90), judgment, 19 April 1994,

Regarding the issue of exceptions to the requirements set in Article 6 of the European Convention, a court's reasoning of its decisions can only be determined based on the circumstances of a specific case<sup>17</sup>.

For example, in the cases of *Hiro Balani v. Spain*, and *Ruiz Torija v. Spain*, the applicant submitted an argument that asked for a specific and clear answer. However, the domestic court did not have a justified attitude to this argument, which the ECtHR considered to be a violation of Article 6.

The ECtHR has also demonstrated the significance and necessity of the reasoning of a judicial act in the following cases: In the case of *Klemeco Nord AB v. Sweden*<sup>18</sup>, the Court mentioned that the function of the reasoned (justified) judicial act is to offer the benefit of an effective appeal opportunity to the parties, and stated that the parties had expressed their positions about the case and thus exercised their right to be heard.

In the case of *Georgiy Nikolayevich Mikhayilov v. Russia*<sup>19</sup>, the Court mentioned that not making a reasoned decision deprives a person from effective exercise of the right to appeal against a judicial act. Thus, from the analysis of the legal position of the Court it becomes clear that a judicial act must be justified and reasoned as there can be a situation when a person wants to appeal against that act.

In the case *Kuznetsov and others v. Russia*<sup>20</sup>, the Court mentioned that in discharging its functions properly, a court must present justifications about them. The further function of the reasoned decision is to state that the parties have been heard. Moreover, it supports the parties to effectively benefit from the right to appeal.

Only in the presence of a reasoned decision there will be public oversight of the administration of justice<sup>21</sup>.

From the abovementioned, one can state that the European Court of Human Rights has adopted the principles of reasoning of a judicial act, which stem from the right to a fair trial. At the same time the ECtHR specifies the elements, the lack of which shall render a judicial act as unreasoned or incomplete and constitutes a violation of Article 6 of the European Convention in a given case.

Concerning the foreign experience study, approximately all the countries of the world, especially in case of democratic societies, the principles of reasoning of a judicial act are functional, i.e. irrespective of the fact whether the given act will be appealed against or not, in all the cases the courts must reason and justify the judicial acts they make.

For example, under part 3 of Article 93 of 1975 Greek Constitution, the judgments of all courts shall be clearly and completely reasoned and publicly published.

Under Clause 3 of Article 120 of the Spanish Constitution, the judgments shall contain a provision about the grounds, which guided the court and publicly published.

The existing legal regulation of the reasoning of a judicial act in the Republic of Belarus is quite interesting.

In particular, under Article 302 of the Civil Procedure Code of Belarus, a judicial act shall be reasoned (justified) as envisaged by Article 305 of the Civil Procedure Code of Belarus<sup>22</sup>.

#### **Under Article 305:**

- 1) at the request of a legally interested party in the outcome of the case of persons. Such a claim could be filed before the court shall adjourn to the deliberation room to make a judgment and within ten days after its promulgation;
- 2) in connection with the appeal or challenge the decision on appeal;
- 3) in cases where this Code established that the decision is not subject to appeal or cassation; and
- 4) in the cases expressly provided for in this Code.

The reasoning part of a decision shall contain answers to the questions provided in clauses 1 – 5 of Article 300 of this Code. In case that it is not made in the deliberation room, it should be set out in a separate document and indicate the decision in respect of which it is made.

From the analysis of Article 305 it becomes clear that in Belorussia there is a presumption of a judicial act not being reasoned. In particular, Article 305 gives an exhaustive list of the grounds, with the presence of anyone of which a court will have to provide reasons for a judicial act.

According to my research, Belarus is the only state where there is the phenomenon of a judicial act being both reasoned and unreasoned.

Nevertheless, even in case of the principle of a judicial act not being reasoned, I think the law shall stipulate clear and strict criteria. Otherwise, lawful, legitimate, justified, reasoned and concrete judicial acts will be replaced by intangible, illegal and arbitrary judicial act, which will lead to the violation and undermining of human rights and legitimate interests, distortion of the quintessence of justice and ignorance of the democratic institutions.

#### **IV. Reasoned or unreasoned judicial act**

Under the existing RA's procedural legislation, all judicial acts of the courts, including the first instance, appeal, Cassation and Constitutional courts (verdict only in criminal cases; judgment only in civil and administrative cases;

<sup>17</sup> ECHR, case of *Ruiz Torija v. Spain* (application no. 18390/91), judgment, 09 December 1994, case of *Hiro Balani v. Spain* (application no. 18064/91), judgment, 09 December 1994.

<sup>18</sup> ECHR, case of *Suominen v. Finland* (no. 37801/97), 1 July 2003,

<sup>19</sup> ECHR, case of *Georgiy Nikolayevich Mikhaylov v. Russia* (application no. 4543/04), judgment, 1 April 2010,

<sup>20</sup> ECHR, case of *Kuznetsov and others v. Russia* (application no. 184/02), judgment, 11 January 2007,

<sup>21</sup> ECHR, case of *Hirvisaari v. Finland*, no. 49684/99, 27 September 2001.

<sup>22</sup> Article 305: Requirement to present the reasoning of (justification) decision's motivation part (justification):

and decision in criminal, civil, administrative and constitutional cases) shall be reasoned (argued and justified).

Through the reasoning of a judicial act one shall understand the legal position and justification of the legal viewpoint of the body administering justice, i.e. of the court that makes a judicial act.

The requirement to justify a judicial act is important as decisions made by courts are not always legally explicit. Sometimes the decisions can be obscure not only for the citizens, but also for the legal experts such as lawyers. For that reason a court (decision making body) shall clearly reason its judicial acts and must answer all the questions in the reasoning part, which the trial participants shall have access to.

The conclusive part of a judicial act is not always understandable or acceptable for trial participants. In many cases, trial participants are satisfied with a court decision and have no questions connected with the reasoning of a judicial act. In such cases, the mandatory requirement of the reasoning shall lead to unnecessary work load.

In support of the claim made above, I present some statistics with reference to both the appealed and not appealed judicial acts made by courts.

The review of the judicial practice demonstrates that during 2010 the courts of first instance made 59301 judicial acts (10744 in administrative cases, 4394 in criminal cases, and 44163 in civil cases), 7113 of which were appealed against (1243 in administrative cases, 2050 in criminal cases, and 3820 in civil cases).

The appealed judicial acts comprise 12% of the overall judicial acts, whereas in administrative cases 12% of the judicial acts were appealed. In criminal cases 47% of the cases were appealed and in civil cases the number stands at 9%.

Based on these statistics, it is rational to ask the question whether, from the viewpoint of judicial efficiency, the requirement of the mandatory reasoning of a judicial act is always justified. In case of a negative answer to this question, one can envisage a new approach to the reasoning of judicial acts. In this approach a judicial act may not be reasoned, if the trial participants do not object. In fact, a person can refuse the right to a reasoned judicial act. In this case, a court shall attach only the introductory, descriptive and conclusive parts, without the reasoning part, to a case.

In my opinion the advantages of the unreasoned judicial act are:

1. Easing the workload of the courts of first instance
2. Increasing the possibility of quality decision-making
3. Shorter periods for making judicial acts

I disagree with the idea of the unreasoned judicial act. However, even in case of such a legal regulation it shall be subject to a very strict regulation, which I imagine as follows:

After a court publishes the conclusive part of a judicial act, the parties of a trial will be entitled within a specific period of time, as established by law, to refer to the court to get the judicial act without the reasoning part. During that period, if the court receives the consent of all the trial parties to have the judicial act without the reasoning part, the reasoning part shall not be included in the judicial act.

In the case of introducing the practice of the unreasoned judicial act, there will be different deadlines for judicial acts to enter into legal force. The unreasoned judicial acts shall enter into legal force from the moment trial parties forfeit their right to get a reasoned judicial act and in case of reasoned judicial acts, the existing version of the legislation will be applied.

The judgment, which has been made as a result of the expedited trial, cannot be appealed against on the grounds that a court's conclusions about the factual circumstances of the case penned in the judicial act are not consistent with the evidence examined in the appeal court. This norm shall prohibit challenging the factual circumstances of a case during the appeal trial, i.e. there can be no trial on merits; the conclusions of a court about the factual circumstances shall be considered final and not subject to appeal.

According to the existing rule, a judicial act made as a result of a trial shall be reasoned. However, there can be an exception, which will enable a court to publish and attach only the introductory, descriptive (with facts) and conclusive parts of a judicial act to a case on the condition that it will not violate or unduly limit the right to a fair trial of a person.

The requirement that a judicial act shall be reasoned is envisaged primarily for the trial parties. It is an integral part of the right to a fair trial. Taking into account this fact, when trial parties agree to receive a judicial act with the introductory, descriptive and conclusive parts alone, there is no need to publish and attach the reasoning part of a judicial act to a case, which will unduly overload the court work, as court overload will in its turn impact the efficiency of justice, affect processing of a case within reasonable time, and proper implementation of its solution.

Thus, in order for the court not to make an intangible, illegal and arbitrary judicial act, certain elements and mandatory conditions need to be established. The expression of the parties' willingness not to appeal against the judicial act shall be:

1. specific;
2. expressed in writing;
3. within the period established by the law; and
4. trial parties shall be properly explained about the legal consequences of the exercise of their right to receive an unreasoned judicial act

In this context it is important to mention that under the European Convention, forfeiting the right to go to the court is permissible for the European Court of Human Rights.

In particular under Article 44 of the European Convention:

1. The judgment of the Grand Chamber shall be final.
2. The judgment of a Chamber shall become final:
  - a. when the parties declare that they will not request that the case be referred to the Grand Chamber; or
  - b. three months after the date of the judgment, if reference of the case to the Grand Chamber has not been requested; or
  - c. when the panel of the Grand Chamber rejects the request to refer under Article 43.

A judgment of the Grand Chamber shall be final, *inter alia*, when the parties declare that they will not request that the case be referred to the Grand Chamber.

This is to say that in any case the parties themselves determine (result of discretion) whether they wish to appeal or not against a judicial act. In this situation as well, the parties shall determine themselves whether they wish to receive a reasoned judicial act or not.

I believe that in case of accepting this innovation it is necessary to differentiate the mechanisms of an unreasoned judicial act for criminal, civil and administrative cases one by one, taking into account their peculiarities (for example: in criminal cases the participation of the defender shall be a mandatory condition. They shall also take into account the right to appeal against the criminal cases, as envisaged by Article 2 of Protocol 7 of the European Convention).

It is important to take into account the right to appeal against criminal cases as envisaged by Article 2 of Protocol 7 of the European Convention, under which:

1. Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have the right to have his/her conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law.
2. This right may be subject to exceptions in regard to offences of a minor character, as prescribed by law, or in cases in which the person concerned was tried in the first instance by the highest tribunal or was convicted following an appeal against acquittal.

In case of introducing this institution, the enforcement of judicial acts will take place within shorter periods of time, as it will be possible to amend the general rule envisaged by the Procedure Code, under which judicial acts shall enter into legal force, within one month upon their promulgation (after which they shall be enforced).

In particular, under Article 140 of RA's Civil Procedure Code:

1. The judicial acts of the general jurisdiction courts solving cases on merits shall enter into legal force within one month upon their promulgation, except for the cases envisaged by the clauses 2 and 3 of this article.
2. If the value of the subject of the demand on confiscate the amount or the claim evaluated by monetary terms

does not exceed 50 times of the minimal salary, then the judgment of the general jurisdiction court solving the case on merits shall enter into force from the moment of promulgation.

3. Judicial act of a general jurisdiction court in a case not being solved on merits (intermediate) shall enter into legal force from the moment of its making, unless otherwise envisaged by this code.
4. In special cases, judicial acts of general jurisdiction courts solving cases on merits can be declared by the court as entered into legal force, if not doing so will inevitably create grave circumstances for the party. Such acts can be appealed against in the order and terms established by this code for the acts that have not entered into legal force.

Under Article 115 of RA's Administrative Procedure Code:

1. Judicial acts of the Administrative Court in cases being solved on merits shall enter into legal force after one month upon their promulgation, unless there is another deadline for entering into legal force envisaged by this code.
2. Intermediate acts of the Administrative Court shall enter into legal force from the moment of their making, unless otherwise stipulated by this code.

Respective amendments shall be made to the Procedure Codes, which must stipulate shorter periods for unreasoned judicial acts to enter into legal force after taking into account the fact that those are not to be appealed against.

The proposed innovation, the requirement of the reasoning of a judicial act only in case of appeal, to a certain extent (court conclusions on factual circumstances are not subject to appeal) also exists and applied in RA's court practice in the case of simplified (expedited) proceedings.

Thus, Chapter 45.1 of RA's Criminal Procedure Code envisages the order of expedited trial. Application of the expedited trial takes place with the consent of the defendant or accused. The provisions of this chapter stipulate the grounds for the expedited trial, order to hold trial and making a judgment, as well as to appeal against the judgment.

Under Article 375.4 of RA's Criminal Procedure Code, a judgment which has been made as a result of expedited trial cannot be appealed against on the following ground: the court conclusions penned in the judicial act about the factual circumstances of a case are not consistent with the evidence examined in the Appeal Court. This norm prohibits the parties from challenging the factual circumstances of a case in a court during an appeal; i.e. there cannot be a new examination of a case on merits. The court conclusions about the factual circumstances are considered final and not subject to appeal.

An introduction to this procedure:

1. One needs to exercise utmost caution not to limit one of the fundamental human rights – the right to a fair trial – which under the Constitution of RA shall not be limited under any circumstances.
2. To avoid legal conflict with Article 19 of the Constitution of RA and clause 1 of Article 6 of the European Convention, the following opinion shall be adopted: A judicial act, which is based on the aforementioned objectives, does not ask for reasoning, and cannot be considered as a judicial act in its genuine meaning. It can be considered as a document communicating an official form to the parties' reconciliation (if the parties agree with the final part, outcome of the case, of a court decision, then in informal sense the conclusive part of the decision can be deemed as reconciliation agreement), which is called judicial act merely by legal practice.

Based on this viewpoint, the requirement of reasoning cannot be extended to a judicial act confirming the reconciliation of parties. The general (agreed) will of not only the court, but also of the parties of the given case shall be put in the basis of that act. The court must reason its judicial act, which stipulated only its will (which might not be the same as the will of the parties) and not “the act confirming the mutual agreement of the parties”, which contains the will of not only of the court, but also the parties (which the court is not against, as it does not contradict the law or other legal acts or does not violates others' rights and lawful interests).

Let me address the problem that can arise in referring to the European Court of Human Rights and Constitutional Court of RA from the viewpoint of the requirement of exhausting all the domestic remedies.

The proposed legal regulation, i.e. the principle of unreasoned judicial act shall be envisaged only for the judicial acts by the courts of first instance. The acts of the Appeal and Cassation Courts shall be reasoned. Hence, the final judicial act made in regard of a person that referred to the Constitutional Court of RA or European Court of Human Rights will be reasoned, which means that there can be no violation of the right to a fair trial by these courts.

If a person goes to the Appeal Court, challenging the judicial act of a first instance court on the grounds of judicial mistake, i.e., violation of the norms of the substantive or procedural law, then the person shall challenge the wrong conclusions of the court. Wrong application of legal norms and improper justifications imply that a person must have a reasoned judicial act in order to be able to challenge the activities of a court. In other words, a person can lodge an appeal or cassation claim that has a reasoned judicial act. Consequently, when a person wishes to appeal against a judicial act or just wishes to have a reasoned judicial act, then a court of first instance must reason the judicial act it makes.

## V. Conclusion

In Summation, under the general rule, a judicial act made as a result of a trial must be reasoned. However, one must not exclude the possibility that there can be cases when a court can be entitled not to reason a judicial act, on the condition that it will not violate or unduly limit the right to a fair trial.

It is possible to have a situation when a person wishes to have a reasoned judicial act without wishing to appeal against that act. In this case, the right to have a reasoned judicial act and the right to appeal against that judicial act are not interconnected.

It is possible to have a situation when a person, while having a reasoned judicial act, wishes to appeal against that act. In this case, the rights to have a reasoned judicial act and to appeal against that judicial act are interconnected, as it is impossible to appeal against a judicial act without the fact that the act is reasoned.

At the same time, the right to have a reasoned judicial act and the right to appeal against the judicial act are two different rights, which are not always interconnected. The presence of a reasoned judicial act is the support to exercise the right to appeal against a judicial act. Having a reasoned judicial act is especially important in cases when the applicant wishes to exercise the right to appeal.

Nevertheless, given the kind of problems and legal difficulties an unreasoned judicial act can create, one can state that there are more disadvantages, than advantages to the concept of unreasoned judicial act.

As a judicial act deals with an individual's rights and lawful interests, it must always be specific, well-grounded, predictable, as the requirement of the judicial act to be reasoned is envisaged above of all for the trial participants. And, it is one of the integral parts of the right to a fair trial, as the right to have a reasoned judicial act is human right.

# Compatibility of the Concept of Prejudice as *De Lege Lata* within Azerbaijan's Criminal Proceedings with the Right to a Fair Trial

## I. Introduction

Throughout many years, debates have been held on various aspects of the concept of prejudice in the theory of criminal proceedings. Despite being one of the least researched topics, there are very different opinions formed about the rationale of prejudice in the doctrine of criminal proceedings.

The laws on criminal proceedings of various states also establish different legal frameworks for this concept. The present article discusses the rationale of prejudice and instruments of its legal regulation in the context of the requirements under the right to a fair trial and offers possible solutions to the challenges that arise in theory.

## II. The concept of prejudice in its *de lege lata* meaning within the criminal procedure theory and the Azerbaijani legislation on criminal procedure

### 1. The notion of prejudice in the criminal procedure theory

The avoidance of contradiction among judgments made by courts is one of the most important issues while applying legal provisions in the legal system of any country. The absence of this contradiction among court judgments can be considered as a main guarantee of homogenous application of legal provisions for all. Such homogenous application is ensured through various means. There are different approaches in common law and continental law systems.

In the light of the special role of case law as the legal source in common law system, a court, when deciding on the application of a particular provision to a specific instance, simultaneously finds a solution to the problem of the application of that norm in similar circumstances, thus excluding contradictions of any kind.

In our opinion, due to this very reason, there is no need for prejudice in common law system. Whereas in the constitutional law system and in many other countries, due to the fact that a court judgment does not usually serve as a source of law, there are other mechanisms in place aimed at resolving the problem of contradiction among court judgments.

The role played by prejudice as a concept that helps solve the problem of contradiction among courts' judgments is indispensable in continental law system.

The notion of prejudice in criminal law proceedings has been studied by many authors. At this point, we would like to point out that while there was no legal regulation of prejudice in Soviet criminal procedure law<sup>2</sup>, the resolution of this issue was mainly based on legal doctrine. In those times, the idea of Strogovich was dominant, according to which a court judgment combined all the features of evidence in the form of an official document which had to be regarded as an evidencing document while all rules related to this type of evidence were applied to this document<sup>3</sup> also. In other words, Strogovich did not agree that a final court judgment is equivalent to law, and shared the opinion under which a judge adopting a decision based on his/her inner conviction is fully independent.

While these ideas do not regulate the relations linked to prejudice to the full extent, they used to be considered sufficient to suggest some solutions to some extent. Following the declaration of independence, one of the innovations brought to the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter referred as CPC of RA) in the framework of legal reforms was prejudice. An absolutely new concept is initiated to regulate this issue. The new concept of prejudice is characterized by the creation of new features in its contents, which we will attempt to analyze later in the article.

We should emphasize that despite the fact that this is one of the least studied topics in the theory of criminal proceedings, each author demonstrates his/her specific vision of prejudice. In order to identify the most important features of prejudice by avoiding detailed analysis of notions given in the relevant legal doctrine, it is necessary to review the contents of prejudice and functions fulfilled by this phenomenon briefly.

Prejudice derives from prejudicial nature which is regarded as one of several necessary features of final court judgments. The significance of this feature of legally binding court judgments is explained by the fact that there is no need to reinvestigate, during court re-trial, facts that were already defined in relevant court judgments. And, these facts are plainly accepted in the form defined in the court judgment that entered into legal force. It means that due to the fact that relevant facts are already defined, there will be no need to identify these facts again. The new investigation of these facts in subsequent case or cases cannot be regarded as expedient from the point of view of proceedings.

<sup>2</sup> In spite of existence of the prejudice ensuring the prejudice of court judgment for civil cases in the Criminal Procedure Codes of the majority of Soviet republics before the adoption of the CPC in 1961 under Soviet times, the prejudice provision has been repealed from the Criminal Procedure Codes of all Soviet republics, including the CPS of Azerbaijani SSR in 1961 except the same Code of the Russian FSSR.

<sup>3</sup> Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. М., Издательство АН СССР, 1947, page 214.

<sup>1</sup> Teacher at the State Formation and Law Department, the Public Administration Academy under the President of the Republic of Azerbaijan, Ph.D., in Law.

At the same time, we should not forget that a legally binding court judgment is the basis of public confidence in the court proceedings as an act of a fair trial. Disregard for the authenticity of facts reflected in the contents of this act by another judicial body and the lack of confidence in this act decrease the significance attached to the legally binding court judgment made on behalf of the state. In its turn, it results in loss of credibility in a fair trial act among the society, which is in contradiction with the main requirements of rule of law in contemporary period.

It is obvious that prejudice in a court judgment becomes a means of procedural conclusions and a guarantee for the authority of court judgments or its stability, and does not create any logical controversy. On the contrary, there is a right proportion between these values.

However, other factors in perceiving the nature of prejudice create confusion and do not allow solving this issue conclusively. Thus, as known from criminal proceedings, each judge makes a judgment by relying upon the law and good faith. In this case, he/she is guided by available or necessary evidence base. None of these pieces of evidence has any legal force for him/her as having a pre-determined status. In other words, a judge is independent to make a relevant judgment, and any interference in this independence is unacceptable. At the same time, if a judge comes to the conclusion that facts defined in the previous judgment that has become final are not authentic, and has to make an independent judgment on his/her own good faith, then there would be a necessity to ensure that the court judgment serves to define the justice in its stable and procedural form.

Despite the difficult and complicated nature of ensuring prejudice to serve the aims of justice, this issue has several successful solutions in various legal systems. In some countries, while expressing prejudice as a tool of evidence and regulating the concept of prejudice, this issue is solved by referring to the stability of court judgment and procedural conclusion as a general rule by retaining the right of a judge to doubt it. Other countries prefer to apply a simple solution to the issue by taking a final court judgment as a type of independent evidence without making any difference.

The significance of prejudice can be seen as a legal force of a first instance court judgment while reviewing the cases that are interlinked from the point of view of evidence via the principle of general binding nature of court judgments that became final. In this regard, prejudice is defined by professor Isganderov "as an important tool for preliminary investigation bodies and courts to review facts and legal conclusions reflected in previous court judgments and decisions,"<sup>4</sup> and this reveals that important features of this issue are not shown in its notion. Taking into account the fact that prejudice is not reflected as a rule for evidence through the

prejudicial feature of a court judgment, we should also note another moment: prejudice of a court judgment reflects its procedural binding character and not other procedural importance.

In summary of all the abovementioned, the notion of prejudice in the theory of criminal procedure can be defined as follows: "prejudice is an opportunity to use cases (facts and legal conclusions) reflected in court acts that entered into force, by preliminary investigation bodies and courts without additional review." The main argument used by those who oppose this notion is linked to the fact that the undeniable nature of a court act is not envisaged, and such interpretation of prejudice can damage the prestige of a court judgment. We will clarify this issue using the analysis of Article 142 of CPC of the Republic of Azerbaijan.

## 2. The truth is the determinant that exercises its defining impact on all concepts of criminal procedure in Azerbaijan

In the criminal procedure legislation of Azerbaijan, we think it is necessary to describe briefly the issue of truth that has a defining impact on all concepts of criminal proceedings and is linked directly to the nature of prejudice rather than which regulation should be applied to the notion of prejudice. It has also the significant theoretical and methodological importance for evaluation of the mutual correlation between the two notions, and, particularly, the nature of prejudice.

For the reader's information, we should point out that Part VII was added to Article 125 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan on 18 March 2009 in the following form: "administration of justice should ensure truth." This act has transformed a court judgment made as a result of court proceedings (related to all criminal, civil and administrative cases – Note by Author) into the constitutional norm or principle that would reflect the truth. Apparently, this Article does not indicate openly whether which means should be used to ensure truth in justice administration. It means that in order to define truth, procedural means used by a court or in justice administration, in general, should serve to the identification of truth. In spite of these facts, the identification of truth is considered as a notion that defines the aims of both criminal and administrative procedural measures.

The nature of presumption of authenticity of a legally binding court judgment that is regarded to be a logical basis for the concept of prejudice derives indeed from the principle of defining truth. Thus, the authenticity of a legally binding court judgment is considered as a presumption due to the fact that this judgment is made as a result of justice administration with a sufficient number of procedural means aimed at defining truth and serving this goal. The literal translation of the word 'presumption' from the Latin word *praesumptio* means 'to presume something.' If we take this into account, we will have to refer to the assumption formed

<sup>4</sup> Искендеров Р.Г. О преюдициальном значении приговора // Советская юстиция. 1990, №22, С. 22

already in the procedural doctrine which says that the authenticity of a court judgment is believed or thought to exist. And, this should be evaluated as a thought that contradicts Part VII of Article 125 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan. There are opinions in legal literature that say that it is not correct to consider the presumption as a belief and a theory in law<sup>5</sup>.

As seen, the provision on defining truth in justice administration in Azerbaijan is a constitutional norm, and this norm should be reflected in the nature of prejudice.

However, another important issue in this case can be pointed out by the following question: can the feature of prejudice be applied to the court acts adopted as a result of justice administration in various types of court trials? To define this, it is necessary, first of all, to identify whether there is an objective or a principle of being a truth and the existence of sufficient procedural means in the framework of all types of court proceedings.

Despite the fact that Paragraph VII of Article 127 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan stipulates that justice administration should define truth, the systematic analysis of many provisions set in the Civil Procedure Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter referred as CiPC of RA) and particularly, the contents of Article 14 of the said Code presume that the court is not assigned a task to define truth, and the identification of truth in any case would be in contradiction to the nature of civil procedure law and its main significance (while solving a dispute between the parties). In civil procedure, a court creates only necessary conditions for comprehensive, full and objective review of a case to define the truth. If we take into account the reflection of this principle of defining the truth to investigate cases in comprehensive, full and objective manner, then we should highlight that under the Civil Procedure Code of the Republic of Azerbaijan, a court is able to create relevant conditions to define the truth by undertaking following measures: explains to persons participating in the case trial about their procedural rights and obligations; notifies them about consequences of measures to be undertaken or not to be made; and, helps the parties to benefit from their procedural rights. The court does not have other competencies in defining the truth except those mentioned above. Thus, as it goes with criminal cases, the court does not have a competence to collect proofs on its own initiative in civil procedure law (except the competence of a court to appoint the expertise on its initiative provided in Article 97.1 of the Civil Procedure Code of the Republic of Azerbaijan). Under Article 14.2 of the said Code, the court can only review and use proofs presented by the parties. At the same time, the court should propose to the parties to conclude an amicable settlement, and the parties can accept or reject the offer except in cases envisaged in law. In the last two cases, the

court shall make a judgment guided by the conclusion taken by the parties on this issue. This means that in this case, it is not the conclusion made by the court over the issue in making a judgment, but the conclusion made by the parties on the issue.

If we consider the presumption of authenticity of a court act as a logical basis for prejudice, then we should conclude that the identification of truth in the civil procedure law of the Republic of Azerbaijan does not exist as a principle, and due to this reason, it would be illogical to presume that the court judgments made in the framework of relevant jurisdiction would enjoy the prejudice feature.

In order to define the prejudice nature of court judgments made in an administrative procedural case, it is necessary to determine whether truth is the principle of administrative procedure. Therefore, we should also review whether truth is the principle of administrative procedure legislation of Azerbaijan.

Being a new legal field in the Republic of Azerbaijan, legal norms on administrative procedure are defined by the Administrative Procedure Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter referred as the APC of RA) that has entered into force on 1 January 2011. This Code envisages the obligation of a court in identifying truth in a relatively different form in Article 12. Under this Article, the court will not limit its functions to review explanations, applications and proposals of the participants of public hearing, including their proofs and other materials attached to this case. It will have as its obligation to investigate all factual cases that are deemed important for an appropriate resolution of the dispute. At the same time, the court has an obligation to collect other necessary evidence on its own initiative in an independent manner or on the basis of motions by the participants in a public hearing. The court can demand additional information and evidence from the parties.

In our opinion, it is possible to suggest clearly from the abovementioned that the authenticity of court judgments entered into legal force and made in the framework of administrative procedure can be presumed. And, the principle of defining truth in this case should be ensured in relevant trial.

### 3. The concept of prejudice in *de lege lata* in the criminal procedure legislation of Azerbaijan

Issues related to the prejudice in *de lege lata* dimension are regulated in two different Articles of CPC of RA. Thus, Article 65 of the Code is called "Prejudicial Importance of Procedural Judgments," and Article 142 is entitled as "Prejudice." The analysis of these Articles gives grounds to suggest that prejudice relations can be regulated by Article 142 with even having Article 65 by its nature. Therefore, this can justify the proposal on deleting Article 65 in the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan.

<sup>5</sup> Смирнов А.В., Н.Б. Калиновский. Презумпции в уголовном процессе // Российское правосудие. 2008. №4. с. 73.



The concept of prejudice, seen as an integral part of the right for evidence, will be analyzed by us taking into account the fact that prejudice is reflected as a type of evidence on the basis of Article 142 of the Criminal Procedure Code. Article 142.1 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan stipulates: "During the criminal prosecution a legally binding sentence of a court shall be binding on the preliminary investigator, investigator, prosecutor and court in respect of established facts and their legal value."

As seen, under the CPC of Azerbaijan, facts that make part of the set of evidence in a case tried by a judge, he/she should apply the contents of other court sentence which entered into force in relation to the legal evaluation of these facts. In this case, a judge does not have a competence to define the truth in accordance with his/her inner belief. This means that if though a judge has doubts related to the facts defined in the sentence of other court in relation to the same issue tried by him/her and suspicions to the legal assessment given to these facts and even evidence, then this judge has no other option than to apply the legally binding court sentence. This is explained by the absence of this case in Article 142 of the Criminal Procedure Code of Azerbaijan. Moreover, according to Article 141.1.3 of the Code, facts defined by the legally binding judgment in prejudicial manner are deemed by the court as proven facts.

The contents of Article 142.1 of the Criminal Procedure Code give grounds to suppose that the adopted and legally binding court sentence in criminal cases does not pave the way to review it during the trial of other cases. In this regard, the preference is given to the stability of the court sentence, and not to the principle of defining truth in criminal procedure. The obligation to define the truth in a court hearing relies upon the principle of truth defined in the framework of previous court proceedings. It means that there is no need to question the truth because it is defined already in the legally binding sentence related to the relevant case. It is also impossible to speak about preference given to the law's function to lift contradictions. The fact which can substantiate this argument is the existence of cassation in the Criminal Procedure Code.

At the same time, Article 142.1 of the Code limits fully the proving functions (particularly, collection and assessment of evidence) in relation to the set of evidence concerning facts defined and assessed in the legally binding court sentence in criminal case as well as accusation and defense acts.

According to Article 142.2 of the Criminal Procedure Code of Azerbaijan, the legally binding court judgments for civil cases has a binding force in criminal cases for preliminary investigator, investigator, prosecutor or court only in the part where it defines potentially an event or an action. And, this judgment does not pre-determine a result of iden-

tifying whether the accused person is culpable or not. In other words, if the issue of defining an event or an action in the court judgment in a civil case is important for legal, comprehensive and fair resolution of an accusation, then its repeated verification by preliminary investigator, investigator or prosecutor is prohibited, and the case is solved as indicated by the legally binding court judgment.

At the same time, we can make following conclusions from the contents of the analyzed Article:

1. The Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan accepts in some degree the prejudicial character of a legally binding court judgment made for civil cases tried in accordance with civil law, e.g., "in the part of whether an event or an action has existed or not (this event or action envisages "the fact" that makes part of the evidence in criminal case)."<sup>6</sup>
2. If the fact defined in the court judgment in relevant issues is related to the subject of proof in a criminal case, the existence of a relevant fact does not envisage a possibility to conduct relevant criminal proceedings. It means that there is some kind of undeniable prejudice in its limited dimension.
3. If the facts that make part of the subject of proof in a criminal case are defined in the legally binding court judgment made in a civil case, it does not determine whether the accused person is culpable, e.g., it does not solve its culpability issue. This means any existence of an event or an action defined by the court judgment that entered into legal force does not envisage undeniable prejudice of these facts in relation to the culpability of the accused person.

One of the important issues in the contents of Article 142.2 of the Criminal Procedure Code of Azerbaijan is linked to the unclear identification of the type of a court judgment. Thus, while solving a dispute in the civil court hearing, the court can adopt either a decision or a judgment. It becomes clear that the law envisages the court judgment. In the civil procedure case, the existence of an event or action can be defined only by the court judgment while reviewing the case by facts and the resolution of a case. In our opinion, we think it is not possible to consider the non-identification of the type of the relevant court judgment in the resolution of a case as a problematic moment in legal literature.

The concept of prejudice in the criminal procedure legislation regulates the prejudicial nature of the court judgments made in the framework of only two types of justice administration: criminal and civil cases. The prejudice issue in the legislation of administrative procedure and the prejudicial nature of the court judgments made in administrative cases are generally left out of legal regulation. There is no doubt that facts identified in this type of judgments can pass to the

<sup>6</sup> Article 142.2 of the Criminal Procedure Code of Azerbaijan repeats the content of Article 13 of the Criminal Procedure Code of the Azerbaijan SSR of 1923 and Article 28 of the Criminal Procedure Code of RFSSR of 1961.

field of criminal proceedings during a court trial. As far as the importance of relevant court judgments in the criminal procedure, there is nothing that impedes solving this issue within the framework of opinion expressed by Strogovich about a court judgment in the Soviet criminal procedure. However, we notice from the small analysis given above that the Administrative Procedure Code assigns the obligation of defining the truth in this field of justice administration to a court, and it is possible to reflect the prejudice of judgments in the law by relying upon the authenticity presumption of this type of judgments. And, this could be the logical continuation of the contents of Article 142 of the Criminal Procedure Code of Azerbaijan.

One of issues that have theoretical importance in relation to prejudice is the issue of prejudicial nature of judgments made by preliminary investigation bodies. Thus, Article 65.1 of the Criminal Procedure Code of Azerbaijan stipulates that “the non-repealed decision of a body which conducts criminal proceedings does not make possible a new decision on the same case. *Except judgments that exclude criminal prosecution of a person*, the decision taken by a body that conducts a criminal procedure does not enjoy a binding force in relation to other final sentence or judgment of the court.”

The analysis of the contents in this article gives ground to say that *judgments that exclude criminal prosecution of a person* have a binding force in making a sentence or other final judgment of the court. While making a sentence or other final judgment, the court has to solve the issue in accordance with these judgments or in relevant case, suspend the case trial. Thus, the scope of these judgments is reflected as cases that exclude criminal prosecution in Articles 39.1.6 and 39.1.7 of the CPC of the Republic of Azerbaijan. Relevant judgments envisage the non-repealed judgment that renders impossible the legally binding sentence of the court in the same accusation or any other criminal prosecution by the court as well as the non-repealed judgment on rejection or suspension of the start-up of a criminal case by investigator or prosecutor.

Without going into the details of the issue of whether it is correct from theoretical point of view to see the existence of the legal force of these judgments for the court in the contents of the Article that defines the prejudice of judgments made in criminal procedure, we should highlight that features such as the exclusivity of judgments and the prejudice are confused. The issue of defining the prejudice effect of a non-repealed judgment for the court about rejection or repealing the start of a criminal case by preliminary investigator, investigator or prosecutor in relation to the same accusation against a person is the reflection of realization of resolving function to be fulfilled by an investigator or a prosecutor. Even in this case, the court has an obligation to solve a case in accordance with this judgment.

### III. Provisions of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the notion of prejudice in *de lege lata* meaning: the comparative analysis

#### 1. Provisions defined in Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Under Article 6 of the Convention, everyone has a right to a fair trial. The right to a fair trial is formulated as follows:

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.
2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.
3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
  - (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
  - (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defense;
  - (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
  - (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
  - (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

In our opinion, indeed, there are some differences between the contents of such requirements and the notion of prejudice in its *de lege lata* meaning.

As known, it is not only the Convention, but also the judgments made by the European Court in relation to various cases that are included in the case law of the European Court. This means that the provisions of the Convention are considered indeed to be the part of comments related to these Articles given in the judgments of the Court.

In the framework of this research, we will analyze in more detail not all the aspects of the right to a fair trial, but

its following parts: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law,” and “everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

First and foremost, we should point out that the notion of “a court trial” requires that the processes are adversarial. The adversarial nature of the court hearing of a criminal case reflects equal possibilities for both the prosecution and the defense to be notified of all notes and evidence presented by the opposite party and give explanation about these facts. The necessity of this provision has been also mentioned in cases against Azerbaijan. Thus, in case of *Abbasov v. Azerbaijan* dated 17 January 2008, the Court noted in Paragraph 30 that the right to a fair trial envisages equality of arms and the right to review criminal cases on the basis of the principle of adversarial proceedings. It means that both the prosecution and the defense should be given a possibility to be informed about all evidence and written notes presented to the court and give explanations about those evidence and notes. (See: *Brandstetter v. Austria*, the court judgment dated 28 August 1991, A Series, Application № 211, Page 27, § 66-67)<sup>7</sup>.

At the same time, as stated in the legal doctrine, the principle of adversarial proceedings as an integral part of the right to a fair trial in the case law of the European Court is considered to ensure the equality of parties in choosing methods and means in a court trial<sup>8</sup>.

Thus, the right to a fair trial envisages that the parties should enjoy equal rights in a court trial and be able to defend the standpoint they choose in the process.

Another element of the right to a fair trial is the presumption of innocence. The nature of the presumption of innocence is explained by the fact that any person accused in committing a crime is considered as innocent until his/her culpability is proved on the basis of law.

We should note here that there are general provisions related to various aspects of this Article in the case law of the European Court. The principle of prejudice is also important to ensure the necessary aspect of the right to defense in this case. In the case of *Minelli v. Switzerland*, the Court observed in its judgment (para. 37) that if the culpability of an accused is not proved in accordance with law, and, particularly, if the right to defense was denied while the opinion about culpability of the accused was expressed in a domestic court’s judgment, the presumption of innocence is violated. This is even related to the cases not reflected in

formal judgments. In this case, it is sufficient to presume the accused to be guilty.<sup>9</sup>

## 2. Analysis of the concept of prejudice in de lege lata from the point of view of requirements of Article 6 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms

The analysis of the provision on prejudice in the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan demonstrates that the court sentence is expressed herein as a type of undeniable prejudice in full meaning and partial meaning of the court judgment for civil cases. In relevant cases, an accused does not in fact have a possibility to question those facts or deny them, particularly an opportunity to enjoy the right to defense. We should underline that one of the interesting features of Article 142 of CPC is explained by the fact that though its Article 142.2 stipulates the part on prejudice of court judgment of a relevant civil case “does not resolve in advance whether the accused is culpable or not,” this condition is not contained in Article 142.1 on the prejudice of court sentences.

With a view to the main cause of the creation of the concept of prejudice, which is the division of court proceedings into several parts while also adding the provision in legislation concerning suspension and separation of some parts of court proceedings during the process of making a legally binding judgment as one of relevant necessary reasons, we can make a logical conclusion that a judgment can be made while limiting (sometimes, depriving) the right of the defendant for a fair trial who does not dispose a possibility to benefit all his/her rights, including such rights of defense as to participate in the proceedings when the court reviews a judgment that entered into legal force, reject or confess the accusations presented by the prosecution and present relevant evidence by selecting his/her position regarding the subject of proof in the court. This is explained by the fact that the accused person that does not participate in the first hearing will not have a possibility to question cases that make part of the process of evidence presented in the legally binding court judgment and to take part in the process of defining this evidence in the second hearing. Those who do not accept this idea can refer to Article 142.1 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Azerbaijan, which does not contain any provision regarding the limitation of relevant opportunities for the defendant. However, we should not forget that the court is the only competent authority that is vested with the right to make a judgment on cases related to culpability and evidence in a criminal case. Therefore, the relevant article stipulates a competence of the court to judge a case as it has done with the previous one.

Having analyzed the abovementioned, we can say that it is absolutely clear that Article 142.1 of the Criminal

<sup>7</sup> <http://dejure.az/h-uezr-avropa-mhkmsinin-qrarlar/1113-abbasov-azrbaycana-qar-ikayt-2427105> 17 January 2008, *Abbasov v. Azerbaijan*. (Complaint application № 24271/05)

<sup>8</sup> Моул Н., Харби К., Алексеева Л.Б. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 6 Право на справедливое судебное разбирательство. Прецеденты и комментарии. М., 2001, 64 с.

<sup>9</sup> ABA ROLİ. Hüquq Maarifçiliyi Cəmiyyəti / Ədalətli Məhkəmə Araşdırması hüququ. Təlim materiallar toplusu. Bakı 2012. 60s.

Procedure Code of the Republic of Azerbaijan contradicts the right to a fair trial.

#### IV. The resolution of the problem

In our opinion, before bringing solutions to these problems, it is also necessary to define whether the prejudice of all court acts shall be recognized at all legislative levels. Furthermore, we can offer solutions for the problem of prejudice in accordance with the selected concept.

Our views regarding the solution of this problem are given below.

We believe that since I.Y.Foynitski, the general idea accepted in legal doctrine is as follows: procedural means and methods that can be regarded sufficient to define justice exist in the criminal proceedings only. At the same time, it would be expedient to point out the necessity to expect the principles of jurisdiction of a court for criminal proceedings, particularly the principles of judges' independence and evaluation of evidence, in the framework of criminal procedure law. Indeed, in this regard, it is possible to accept the prejudice of the judgment of a court which entered into legal force while retaining the right of a court to question its authenticity. And, this is necessary. Otherwise, it would not be possible to ensure stability and prestige of court judgments. Moreover, prejudice of the court judgment that has entered into legal force cannot be accepted for the legally binding court judgment about the culpability of a defendant.

While judgments made and entered into force under other jurisdictions, and even those made in relevant jurisdictions could be considered as a principle to define justice, prejudice cannot be accepted as such in general. Such judgments have no difference in comparison with documented evidence as noted by M.S.Strogovich and accepted by V.L.Golovko<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> <http://pravo.ru/review/face/view/73251/>.

# Some Challenges to Exercising the Right to Initiate a Claim in Administrative Procedure

## I. Introduction

With the adoption of the Administrative Procedure Code<sup>2</sup> of the Republic of Armenia, the administrative procedure became legally regulated. The Code defined the list of those competent to apply to the Administrative Court of the Republic of Armenia, as well as the types of administrative claims. However, in practice, there are some challenges concerning the claims (including claims on the imposition of payments) lodged by administrative bodies. These problems are related to the forms and contents of the claims, terms of lodging claims, and legal consequences of missing the statutory deadlines. As the result of incomplete legal regulation of the aforementioned issues in the administrative procedure, advantageous conditions are afforded to the administrative agencies. This clearly contradicts the objectives of the administrative procedure and prevents the exercise of the right to a fair trial as one of the substantive rights enjoyed by persons in public law.

## II. Lodging an administrative claim as the ground for the institution of administrative procedure

Administrative procedure, as a legal process, is a gradual and logical chain of events and development of procedural relations originate from either the protection of substantive rights in the field of public law or public interests. Within this procedural framework a court exercises administrative justice.

In the above definition of administrative procedure, the following essential elements can be pointed out:

- 1) administrative procedure is a gradual and logical chain of events and development of procedural relations;
- 2) these relations originate from the protection of the substantive rights in the field of public law and in certain cases from the protection of public interests; and
- 3) administrative justice, as one of the forms of judicial power, is exercised through administrative procedure in practice.

As a legal process, the administrative procedure is characterized by a range of features by means of which its

substance emerges. Particularly, the administrative procedure, as a legal process, has:

- 1) a beginning and an end;
- 2) principles, goals and objectives;
- 3) procedure of implementation and procedural form; and
- 4) stages.

Administrative procedure begins from the moment a person (in some cases a public agency) lodges an administrative claim and ends the moment the judicial act, adopted on the merits of the case, becomes final.

The procedure aimed at regulating administrative procedure is an integral part of procedural legislation, which is only a bearer of legal potential energy, i.e., this can only regulate administrative procedural relations and nothing else<sup>3</sup>. The lodging of an administrative claim is a legal fact, after which the administrative procedure previously "existing in passive state" is launched and unfolds certain legal consequences. The lodging of an administrative claim is the trigger, "which launches" the administrative procedure. The fact of lodging an administrative claim, as the trigger of administrative procedure, is also established by the Administrative Procedure Code of the Republic of Armenia. In particular, under Article 64 of the aforementioned Code, *in an Administrative Court the case must be instituted based on a claim*.

## III. Statutory regulation of lodging an administrative claim under the Administrative Procedure Code of the Republic of Armenia

Chapter 11 of Section 3 of the Administrative Procedure Code of the Republic of Armenia ("Grounds for institution of a case and types of claims") is about the administrative claim institution. Articles 65-68 of the Administrative Procedure Code determine the types of claims (disputing, imposing an obligation, implementing actions, and acknowledgment).

As a result of literal interpretation and systematic analysis of establishing legal norms defining the aforementioned types of claims, we come to the conclusion that those create sufficient grounds to ensure effective exercise of judicial protection of substantive rights of persons in relations with administrative bodies.

Nevertheless, in many cases the effective exercise of judicial review in the cases instituted by the above claims depends on the persons that initiate them. We believe that attributing so much significance to the function of the participants of administrative procedure will render administrative justice complicated to certain degree (or in some

<sup>1</sup> Assistant to the Constitutional Law Chairperson at Law Faculty in Yerevan State University, Ph.D.

<sup>2</sup> HHPT 2007.12.19/64 (588).

<sup>3</sup> For the further details on the law in action, actions of subjects of law, as important precondition for the enforcement of law, legal provisions as bearers of legal energy, see Goyman V. I. (1992), *Action of Law: Methodological Analysis*, Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, pp. 39-41, 118-128.

cases even impossible), if the parties are not professionally well-prepared at the stage of lodging a claim. The complete understanding of the administrative procedure by the parties and procedural behavior conditioned by it also play a preventive role in regard of restricting the judicial arbitrariness.

Thus, in VD/4680/05/09 administrative case, the representatives of the plaintiff submitted a motion to not examine and return the answer to the claim by the State Registry of Legal Entities of the Republic of Armenia, respondent of that case. They argued that the answer of the respondent was submitted in violation of the two weeks deadline, and did not submit a motion to consider the missed deadline due to good reasons, as stipulated by part 1 of Article 83 of the Administrative Procedure Code. The representatives of the plaintiff invoked part 2 of Article 53 of the Administrative Procedure Code, under which *the applications, appeals and other documents submitted after the procedural deadlines shall not be considered and shall be returned by the court to an applicant, if there is no motion to restore the right to take actions conditioned by missed procedural deadlines*. Referring to the aforementioned motion, the Administrative Court observed that the examination of that motion would be postponed and it would be dealt within the judgment on administrative case no. VD/4680/05/09. Objecting to the aforementioned decision of the Court, the plaintiff, resting its position on the basis of the provision stipulated by the part 2 of Article 5 of the Constitution, stated that the Administrative Court cannot postpone the examination of the aforementioned motion and settle within the judgment on administrative case no. VD/4680/05/09, as the Court does not have such power stipulated by the administrative procedure legislation. Moreover, the plaintiff drew the Court's attention to the fact that the norms stipulated by Article 99 of the Administrative Procedure Code also regulate the procedural issues concerning the considerations of the motions and decisions thereof. After the objections of the plaintiff, the Administrative Court had to make a decision about the motion submitted, as a result of which it came to the conclusion that the answer to the claim application is an exception from the "other documents" under part 2 of Article 53 of the Administrative Procedure Code<sup>4</sup>.

It is appropriate to mention that there are contradictory approaches in regard of application part 2 of Article 53 of the Administrative Procedure Code. In particular, in case no. VD/2785/05/10, The Administrative Court granted the motion of the plaintiff (reasoning of the motion were the same, as in VD/4680/05/09 administrative case) and based on part 2 of Article 53 of the Administrative Procedure Code, without examining the answer of the respondent to the claim application, it was returned to the respondent<sup>5</sup>.

There are also cases in practice, where, due to the procedural mistakes of the parties (of their representatives), even a court is unable to redeem the situation. This concerns the selection of the procedural measures by the participants towards the proceedings (claims, motions, and appeals)<sup>6</sup> and their appropriate application. Thus, in regard of protection of substantive rights of the person, the selection of the appropriate type of the claim, correct formulation of its factual and legal circumstances, as well as the claim itself made by applicants are very important. In some cases, the wording of a claim is incorrect or the legal grounds for the claim are wrongly invoked. This in turn prevents effective protection of applicants' rights through administrative procedure. In such cases, a court is "powerless," as it is constrained by the chosen respective claim, the substance of the claim made and the legal ground invoked by the applicant. The importance of the aforementioned circumstances is that they predetermine the subject of proof and scope of proof by ensuring legal certainty in judicial process.

The importance of clear and correct formulation of the legal grounds and substance of the claim is also obvious from Chapter 21 of the Administrative Procedure Code, which regulates retrial of the judicial acts on the merits overturned by the Court of Cassation. Under this procedure, applicants cannot change the legal ground, subject or amount of the claim. It also has a preventive role, as the Administrative Court is restrained by the substance and the legal ground of the claim. In a range of its decisions, the Court of Cassation observed that examination of demands other than those mentioned in the claim by an Administrative Court is the basis to overturn the judgment of the latter.

As the result of systematic analysis of the norms stipulated by Article 64 and clause 2 of part 1 of Article 113 of the Administrative Code, the Cassation Court in the decision of the administrative case no. VD/0476/05/08 stated: "From the aforementioned it becomes clear that the Court must initiate an administrative case only on the basis of the respective claim, try the case and settle the dispute only within the claim brought by that case<sup>7</sup>."

An Administrative Court of the Republic of Armenia examines cases on public legal relations. These cases are instituted by the claims of administrative bodies. However, in practice, administrative bodies bring claims, which are not determined by the administrative procedure legislation. In particular, administrative bodies lodge claims on money recovery, which are not governed by legisla-

<sup>4</sup> Administrative Court decision VD/4680/05/09, dated September 15, 2010.

<sup>5</sup> Administrative Court decision VD/2785/05/10, dated February 3, 2011.

<sup>6</sup> Further on the importance of actions of the participants to the proceedings see, for example, Kolesov P.P. (2004), *Procedural Means of Law Protection*, NovGU after Yaroslav the Wise, Velikij Novgorod, p. 18.

<sup>7</sup> Cassation Court decision VD/0476/05/08, dated September 26, 2008. In regard of the subject matter the Cassation Court took the similar position in its decisions VD/7703/05/08, dated July 24, 2009 and VD/2068/05/08, dated May 27, 2009.

tion. The terms for lodging these claims, their form and contents are not regulated either. In practice, the claims on money recovery are filed also in the form of counter claims and as a rule Administrative Courts admit them and adopt judicial acts on merits, while having no such powers.

In contrast to Administrative Procedure Codes of other countries<sup>8</sup>, the Administrative Procedure Code of the Republic of Armenia does not stipulate the goals and objectives of administrative procedure. However, from the review of the Administrative Procedure Code, as a self-standing legal act, it explicitly states that the goal of administrative procedure, which is a form to exercise administrative justice, is to ensure the judicial protection of persons' public substantive rights and the exercise of the right to a fair trial through judicial review.

This situation leads to a question of the constitutionality and legality of the absence of statutory regulation of administrative procedural legislation and its compatibility with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)<sup>9</sup>. In particular, the principle of lawfulness stipulated in Article 5 of the Constitution of the Republic of Armenia<sup>10</sup>, the provisions of Articles 18-19 of the Constitution, Articles 6 and 13 of the ECHR, and Articles 5-6 of the Administrative Procedure Code are at stake.

Under Article 5.2 of the Constitution of the Republic of Armenia, *state and local self-government bodies and public officials shall be competent to perform only such acts for which they are authorized by the Constitution or laws.*

While the Administrative Procedure Code (Article 3, part 2, clause 3) entitles administrative bodies to apply to a court with a claim on money recovery from natural or legal persons by invoking an administrative act, the Administrative Procedure Code does not regulate the procedure thereof. The only relevant procedure in this regard is regulated by Chapter 27 of the Administrative Procedure Code concerning payment orders.

Furthermore, Article 114 of the Administrative Procedure Code determines the types of judicial acts on the merits to be adopted by an Administrative Court of the Republic of Armenia. These are the following acts:

1) on invalidating an administrative act fully or partially;

- 2) on imposing an obligation on an administrative body to adopt an administrative act, which the administrative body had rejected to adopt or had failed to adopt;
- 3) on imposing an obligation on participants of administrative proceedings and other persons to take certain actions or to refrain from those actions;
- 4) on existence or lack of legal relations or on declaring an administrative act null and void fully or partially;
- 5) on discarding an administrative act, which is no more in force;
- 6) on declaring a legal act null and void fully or partially, and
- 7) on discarding a legal act fully or partially, which is no more in force.

The Administrative Procedure Code clearly fails to determine the type of a judicial act to be rendered with regard to fines. Therefore, in the context of the above Constitutional provision the decisions adopted on the claims lodged by administrative bodies about imposition of fines lack validity.

Article 71 of the Administrative Procedure Code of the Republic of Armenia provides for the terms of lodging a claim on disputing an act, imposing obligations, implementing actions and acknowledgment. The failure of a person to lodge a claim within a statutory deadline may serve as a ground for rejecting the claim or dismissing the claim that is already admitted.

The administrative procedural legislation does not define any terms for administrative bodies to lodge claims on fines. In practice, administrative bodies file those claims when they find it appropriate. In many cases an administrative body lodges a counter claim in the proceedings instituted on the basis of a claim of an individual or a legal entity even if the case was examined by a court a few years ago. The counter claims are admitted by courts without any impediments.

The first paragraph of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms states that "in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law."

The abovementioned, in our opinion, fails to be in compliance with the first paragraph of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In particular, the right to a fair trial cannot be fully exercised by individuals and legal entities, as an administrative body is afforded unfair advantages in the above proceedings. In our opinion, this also contradicts the objectives of administrative procedure which are the following: the judicial protection of persons' public substantive rights in disputes pertaining to public legal relations and

<sup>8</sup> For example: Under part 1 of Article 2 of the Administrative Procedure Code of Ukraine (adopted on July 6, 2005 by law No 2747-IV): *the objective of the administrative procedure is to protect the rights, freedoms and interests of natural and legal persons in public legal relations from violations by public administration bodies, local self-governing bodies, their officials and entities performing the functions of public administration based on legislation, as well as other authorities performing delegated powers.* Under part 1 of Article 1 of Law No 793-XIV of the Republic of Moldova on Administrative Court, dated February 10, 2000 *the Administrative Court, as a legal institution, aims at protecting persons' legal rights, limiting abuse of power by public authorities, transgression of powers, as well as regulating the activities of public authorities and enforcing legal system.*

<sup>9</sup> HHPT 2002.06.05/17(192).

<sup>10</sup> HHPT 2005.12.05/Special issue; Article 1426.

the exercise of the right to a fair trial. If, either under a statutory regulation of administrative procedure or a court's decision, an administrative body is afforded advantages *vis-à-vis* a person, it clearly prevents the achievement of the objectives of administrative procedure, and the exercise of the right to a fair trial.

#### **IV. Conclusion**

In the light of the systematic generalization of the abovementioned, it is to be concluded that the Administrative Procedure Code of the Republic of Armenia needs to be amended with the view of bringing the following under the comprehensive legal regulation: claims lodged by administrative bodies (including claims on fines), form, contents and the terms of claims, legal effects of the failure to lodge a claim, and types of judicial acts adopted as a result of consideration of the merits of claims lodged by administrative bodies.



# Issues of a Non-Judicial Claim to Property

## I. Introduction

The issues pertaining to non-judicial foreclosure in Armenia have gained certain urgency since the development of two important concepts related to this subject.

Firstly, the draft concept paper of the Administrative Code clearly stipulates the option of a non-judicial claim to property of natural persons and legal entities. Pursuant to this concept paper, the procedure for enforced claim to property shall be based on an administrative decision on the imposition of administrative fine. The administrative decision, in this case, functions as a writ of execution to be enforced by the bailiffs' service.

Secondly, the draft concept paper on the development of notary system also stipulates the possibility of a non-judicial claim to property of the debtor upon a notary writ. In this case, enforcement of the claim to property would be possible upon notary writs of only those notaries who have attested the transaction between the parties to a contract.

It seems that a thorough study of the problems in the area of a non-judicial claim to property as well as thoughtful introduction of this system may positively influence the efficiency of the legal system. However, it must be noted that this problem is linked to the protection of property rights and, thus, any amendments to the legislation and changes in practice in this field must be justified and necessary. In addition, it should be taken into account that the problem of a non-judicial claim to property is an issue of common law. It should be studied comprehensively not only in terms of civil law but also constitutional law, civil procedure, administrative law, administrative procedure, etc.

## II. Non-judicial claim to property based on administrative decision

The court load in the Republic of Armenia is steadily increasing due to some objective reasons, including those related to the fact that administrative fines are enforced through court proceedings only. The number of administrative fines imposed is growing as a result of deploying technical devices that register administrative violations. In particular, this applies to traffic offences.

At a certain stage of the development of the judiciary system, to address the issue of court overload, the writ proceedings were introduced to examine specific cases, including those related to the payment of administrative fines.<sup>2</sup> In the analysis of writ proceedings and their efficiency in terms of delivery of justice, the proponents of the idea of non-judicial claim to property rightly argue that handling cases through the writ proceedings does not tantamount to comprehensive and effective judicial trials.

Thus, the resultant dilemma is either to waive the judicial claim to property and opt for an administrative procedure or drop the writ proceedings, and examine cases of property claims exclusively within the scope of fully fledged ordinary proceedings.

However, it should be noted that the transition to ordinary proceedings will further overburden courts and aggravate the problem. Elements of both systems, judicial and administrative penalty, must be applied in a balanced way to effectively address the issue.

In terms of owners, it should be noted that the system of non-judicial claim to property contains certain guarantees for property rights protection. In particular, if an administrative fine is imposed, the offender has a specific deadline to bring an appeal against that decision to the court. Then, the case will be examined under the ordinary proceedings thus ensuring objective and just adjudication. After the appeal deadline, the administrative decision becomes effective and legally unchallengeable.

From this perspective, the right to judicial protection puts into question the mandatory nature of the procedure for judicial claim to property. At the same time, it should be taken into account that the application of administrative fines is not linked to the field of administrative relations only. No one is challenging the concept that the administrative decision shall become effective after a specific period and there shall be a possibility of its further non-judicial enforcement. Nevertheless, in this case the issue is not only the administrative decision but also compulsory deprivation of property, i.e. in case of a claim to property for failure to pay fine, the administrative relations come into conflict with the civil law relations. There would be no problem if it refers to the administrative relations only. For instance, in cases where an administrative decision bans someone from driving and, after coming into force, such decision is enforced under administrative procedure.

The system which allows only for a judgment based on a compulsory claim to property is aimed to protect the owner's rights. The compulsory judicial claim to property is a guarantee for the protection of property. However, when a court hears a case on administrative violation and imposition of fine, it does examine the issues related to

<sup>1</sup> Ph.D., in Law, Associate Professor and Chair of Civil Law and Civil Procedure, Institute of Law and Politics, Russian Armenian Slavonic University.

<sup>2</sup> The Republic of Armenia's Administrative Procedure Code, *The Official Bulletin of the Republic of Armenia*, December 19, 2007, N64 (588)

property relations. In the course of trial, the court has no assumption of the rights over which specific property will be forced to cease. It seems, therefore, that the judicial claim to property guarantees only that the administrative penalty is imposed under law. The litigation deals with these questions only and therefore, in such cases, it is hard to state that the lawsuit guarantees effective protection of property rights.

At the same time, the litigation guarantees lawful grounds for the enforcement. This certainty gives the owner a sense of protection. No administrative body is able to replace the court judgment, including judicial writs. However, the issue is not only about the psychological feeling that the compulsory deprivation of property is performed lawfully. In reality, the court guarantees the legality of the entire process and acts as a unique filter. Neither administrative bodies nor administrative appeal systems are able to substitute court system with its unique mechanism of judicial control.

Many countries that have a system of non-judicial execution of writ also have a concept that stipulates a radically different enforcement under the administrative and civil laws. "The system of administrative penalties has a characteristic of a relatively independent category defining the relative autonomy of its operation, where the degree of the latter is determining the level of that system."<sup>3</sup>

Thus, the liability caused by the failure to pay an administrative fine is viewed as a constitutional obligation and the state is claiming part of the offender's property equal to the amount of the fine, i.e. by committing an administrative offence that carries a penalty, the person is forfeiting part of his/her property. In terms of tax liabilities and, in particular, property tax, there is an arrangement that the owner's property, once created or acquired, is under the encumbrance, which takes the form of the latter's obligation to pay the relevant tax. In other words, the state initially claims part of the property of all owners in the amount of tax rate.

### III. Procedure for the enforcement of the claim to property

Taking into account that enforcement of administrative fines in the Republic of Armenia is handled by the administrative courts under the writ proceedings, due attention must be given to the strengths and weaknesses of this procedure.

Article 154 of the Republic of Armenia's (henceforth RoA) Administrative Procedure Code stipulates that the administrative body imposing the fine shall file a petition in court for the writ proceedings. Though the defendant is not a party to the writ proceedings, it should not be assumed that the latter is a mere formality and is prac-

tically detached from the delivery of justice. In contrast to administrative procedure, where the administrative decision, once effective, is directly enforced by the bailiffs' service, the petition for the writ proceedings might be denied.

Article 156 of the RA's Administrative Procedure Code stipulates that the court shall not grant writ proceedings in two cases: if the petition is incompliant to the requirements of the Code or the relevant administrative decision is null and void, i.e. the relevant procedure is functioning as a filter and guarantees that invalid administrative decisions will not be enforced. Besides, the refusal to grant the writ proceedings could be challenged in the Administrative Court of Appeal.

Though the writ proceedings are not an adequately effective remedy for the protection of rights, the mere fact that the case is in the court may have a positive impact on the impartiality of the entire process. In particular, it ensures additional awareness of a person about the administrative fine to be levied on him/her because administrative bodies sometimes fail to duly notify about the imposition of a fine. This fact shall also be taken into account specifically under circumstances when the administrative law system is still at the development stage.

### IV. Legal grounds for enforceability

When looking at the possibility of introducing the non-judicial enforcement, the accompanying regulatory options must also be reviewed.

In contrast to many countries where the introduction of a non-judicial enforcement system has no obstacles at the constitutional or civil law levels<sup>4</sup>, the Armenian legislation provides quite a strict regulation of these issues.

Article 31 of the Republic of Armenia's Constitution stipulates that the owner is deprived of the property only by court ruling and in cases prescribed by law. This provision is further elaborated by the RA's Constitutional Court in its decision DCC-630 dated April 18, 2006, where, dealing with the constitutionality of Article 218 of the RA's Civil Code, the Court interpreted the content of Article 31 of the Republic of Armenia's Constitution and stated that property could be confiscated for the failure to fulfill obligations only through a judicial procedure. Moreover, paragraph 8 of this decision addresses the issue of civil administrative and other responsibility.

In addition, relevant provisions of the RA's civil legislation must be accounted for as well. In particular, Article 281 of the Republic of Armenia's Civil Code stipulates that foreclosure of the debtor's property is possible only in two cases: based either on a judicial decision or an appropriate agreement.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Maximov I.V. (2005), *System of Administrative Sanctions: Concept and Features*, State and Law Magazine, N4, p. 23.

<sup>4</sup> e.g., German Constitution, Article 14

<sup>5</sup> The Republic of Armenia Civil Code, *The Official Bulletin of the Republic of Armenia*, Special Edition, August 10, 2007

Thus, the Armenian civil legislation does not provide for the non-judicial procedure for enforced forfeiture of property rights under law.<sup>6</sup>

It was already noted that the issue of a judicial claim to property is not purely a civil law question. Provisions of the Civil Code on the judicial claim to property are in the field of civil procedure. Similarly, if the article provides for a non-judicial claim to property in cases set forth by law, it is also a civil procedure norm.<sup>7</sup>

At the same time, the judicial procedure for enforced property deprivation is closely linked to the issue of protecting property rights under the civil law. Therefore, a non-judicial claim to property of the debtor is possible only if such a provision is stipulated in the civil legislation.

In terms of the aforementioned interpretation of the constitutional norm by the Constitutional Court, it must be taken into account that the Republic of Armenia's legislation foresees a possibility of addressing that problem as well. Thus, Article 68 of the Republic of Armenia's law "On Constitutional Court" stipulates a possibility of revising the legal position adopted earlier, if seven or more years have passed since the decision was adopted and a new understanding of the problem has been developed.<sup>8</sup>

## V. Conclusion

Summarizing the above, it must be noted that the problem of non-judicial enforcement is important both for the protection of owners' rights and the effective functioning of the enforcement system under the administrative law. Therefore, the legal system must guarantee a balanced approach in the field of public law and private law interests. In the Republic of Armenia, the system of non-judicial foreclosure could be introduced after relevant amendments in legislation.

At the same time it must be noted that the list of property of natural persons not subject to enforcement is quite limited. Article 51 of the RA's law "On Enforcement of Judicial Decisions" states that the following items shall not be levied in execution: everyday home appliances, clothing, children wear, non-luxury items; items needed for professional activities, if the person's right to engage in a specific activity has been revoked; certain number of domestic animals, if the person is engaged in agriculture; items used for the transportation of people with disabilities; items with a value up to AMD 5,000<sup>9</sup>.

Thus, the Armenian legislation provides a possibility for the enforcement of the writ at a single place of dwelling where the debtor resides. Therefore, if the system of non-judicial enforcement is to be introduced, specific limitations must be envisaged.

First of all, non-judicial enforcement should not apply to the real estate of the natural person or, at least, living premises that belong to the debtor.

Secondly, taking into account that in specific areas of activity sufficiently high monetary sanctions are stipulated, it would be appropriate to establish under the law a specific cap for non-judicial enforcement sanctions. If the sum of imposed fine would be above that cap, the enforcement should be done on the basis of a judicial decision only.

<sup>6</sup> In some countries civil legislation stipulates non-judicial claim to property in cases set forth by law. See, in particular, non-judicial claim to property and enforced forfeiture of property rights, Civil Code of Russian Federation, Article 237

<sup>7</sup> Abova T.E. and Kabalkina A.Yu. (eds) (2006), 3rd edition, *Commentary on the Civil Code of Russian Federation*, Vol. 1, Institute of State and Law, p. 669.

<sup>8</sup> *The Official Bulletin of the Republic of Armenia*, 2006/32/487, June 21, 2006

<sup>9</sup> *The Official Bulletin of the Republic of Armenia*, 1998/12 /45, June 15, 1998

## Proper Notification of Case Participants in the Context of a Fair Trial

### I. Introduction

*The presence of case participants at a judicial hearing is critical to the exercise of the right to be heard in the court. Being in equal and adversarial conditions would not materialize without properly notifying the participants about the place and time of the judicial hearing. It means that such a notification guarantees the observance of the crucial procedural principles and creates preconditions to ensure a fair trial.*

*The issues pertaining to the proper notification during the cases tried in the civil procedural order in the Republic of Armenia (RA), the approaches of the Cassation Court of RA, existing challenges and possible legislative solutions will be discussed in this article.*

### II. Issues pertaining to the proper notification-brief procedural description.

The court shall notify all case participants about the preparation of the case for trial, time and place of the trial, individual procedural actions and call to the court by summons<sup>2</sup>. It implies that proper notification of case participants and other participants of a trial is an important guarantee for the enforcement of the legality, nonobservance of which will lead to certain legal consequences. In particular, a judgment must be overruled if a court examined a case *in absentia* of any of case participants who have not been properly notified about the time and place of a judicial hearing<sup>3</sup>.

Summons shall be sent to case participants and their representatives bearing in mind that they must have sufficient time to get prepared for the trial and present themselves before the court. Consequently, summons sent just one day before judicial hearing cannot be considered as proper or when summons are received only one or two days before a judicial hearing. Such situations have been assessed on numerous occasions by superior courts (Appellate Courts and the Cassation Court) and stated that failure to properly notify trial participant amounts to viola-

tion of the right to a fair trial of the individual, as the latter was not given an opportunity to be prepared towards the case and organize proper defense. Indeed, case participants are entitled to submit a motion to a court to postpone a judicial hearing. However, the non-submission of such a motion itself cannot mitigate the fact of improper notification.

There were and are many issues concerning the notification of case participants of the civil process in Armenia. Those problems can be separated into those before the formation of the position of the Cassation Court of RA about proper notification and after the formation of the position of the Cassation Court. Since 2006, when the Cassation Court began to enforce its function to form a single judicial practice as stipulated by the Constitution of RA, around 40 judicial acts have been made, in which the Cassation Court gave a legal assessment of the issues and omissions involving the proper notification of case participants in the civil procedure<sup>4</sup>.

The review of the practice allows us to conclude that although the courts would observe the formal aspect of judicial notification, there were problems of perception of the notifications' legal content. While the courts would observe the requirements of Articles 78-80 and 94 of RA's Civil Procedure Code<sup>5</sup>, the observance of those provisions was merely formal. In particular, in accordance with law, a court would notify the plaintiff/applicant or the respondent about the time and place of the judicial hearing. However, it would not undertake the relevant measures for the parties to have an opportunity to present their positions during the hearing, for example, by starting the hearing of the case with significant delay<sup>6</sup>. In some cases, a court would commence the trial without the evidential confirmation of proper notification of the parties (currently the post office submits the notice with the signature of the recipient on it as proof of the notification having been served).<sup>7</sup>

One can say that at this phase of practice the formation of a single approach to the legal regulation of the notification was of priority. The challenge was to establish a practice regarding how case participants should be notified about procedural actions in a manner that can be considered proper within the context of a fair trial.

<sup>1</sup> Adviser to the Chief Justice of Cassation Court of the Republic of Armenia; Ph.D., in Law; Lecturer at Yerevan State University.

<sup>2</sup> Petrosyan R.G. (2007), *Civil Procedures of Armenia*, 3<sup>rd</sup> edition, Yerevan.

<sup>3</sup> See sub-clause 2 of the clause 2 of Article 228 of RA Civil Procedures Code; RA Civil Procedures Code, adopted on 17.06.1998, HHPT 1998.09.09/20(53), as on 25.12.2012 it is available at [www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=75263](http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=75263).

<sup>4</sup> The decisions of RA's Cassation Court as of 25.12.2012 are available at [www.armlaw.am](http://www.armlaw.am).

<sup>5</sup> Articles 78-80 of RA's Civil Procedure Code are included in Chapter II titled "Judicial Notifications" and concern the order of sending the judicial notifications, the content of information in them and Article 94 of the same law regulate the cases, when the location of the respondent is unknown and it is necessary to announce the search for the respondent and his property.

<sup>6</sup> Inter alia see the decision of Cassation Court of RA in *Sassoun Khachatryan vs. Armen Margaryan and Yerevan Municipality* case dated 02.27.03.2007; civil case No 3-118/VD, as by 25.12.2012 it is available at [www.armlaw.am](http://www.armlaw.am).

<sup>7</sup> Inter alia see the decision of Cassation Court of RA in "*Glendale Hills*" *CJSC vs. Andranik Barumyan, Emma Aivazyan* case dated 27.03.2008; civil case No 3-194/a, as by 25.12.2012 it is available at [www.armlaw.am](http://www.armlaw.am).

The decision of the RA's Cassation Court dated October 26, 2006<sup>8</sup> was the cornerstone in the settlement of this subject. The notification of case participants according to the letter and spirit of the law assumes active actions of the court in regard to notifying about the day, time and place of a judicial hearing, which must be done by using the means and ways envisaged by Article 78 of RA's Civil Procedure Code. Irrespective of the way of notification, it must be able to prove the fact that the case participant(s) has (have) been properly notified about the judicial hearing.

The right of case participants to be informed about the time and place of the judicial hearing and the court's obligation to inform are directly connected by the general principle of equality of all towards the law as guaranteed by the Constitution of RA and principles of adversarial proceedings and equality of arms as stipulated by RA's Civil Procedure Code. The aforementioned principles can be implemented in full only in case when each of case participants is enabled to be present at the judicial hearing. For that very reason, the notification of case participants about the day, time and place of the judicial hearing is the obligation of the court, non-observance of which, in the meaning of Article 227 of RA's Civil Procedure Code, is an essential violation of the criminal procedure law.

One should also mention that the Cassation Court has stated that non-observance of the requirement of the notification is a violation of the right to a fair trial as guaranteed by Article 6 of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as the Convention or ECHR).

Referring to the viewpoint of ECHR, the Cassation Court of RA has mentioned that although it is not directly mentioned in the first part of Article 6 of the Convention. The ECtHR has pronounced itself that the Contracting States should not only stipulate the right of judicial protection of the civil rights, but also must ensure In a specific case the real opportunity for a person to exercise that right<sup>9</sup>. For example, by making a decision about the rights of a person not attending in a case, a court does not ensure the real participation of the respondent to the trial, thus depriving him/her of the rights guaranteed by Article 6 of the Convention<sup>10</sup>.

At this point it is appropriate to mention that in Armenia the issue of notification of case participants has also been considered by the European Court of Human Rights (here-

inafter referred to as ECtHR) in 2007. In *Nikoghosyan and Melkonyan vs. Armenia*, the ECtHR stated that part 1 of Article 6 of the Convention has been violated on the grounds that the principle of equality of arms has not been observed<sup>11</sup>. In the aforementioned case, it came into light that the notifications about the judicial hearing sent ten days before by the Appeal Court to the applicants reached them only after the judicial hearing. Irrespective of this fact, the Appeal Court summoned the judicial hearing with the participation of the representatives of the other party while the applicants were missing<sup>12</sup>. The ECtHR reminded that in cases when a trial includes opposite private interests, the requirement of equality of arms, which is one of the features of the concept of fair trial, assumes that each party must be given a reasonable opportunity to present proper arguments, including evidence, under conditions which do not place them in less favorable conditions in comparison with the other party. Moreover, not notifying one of the parties in a way that would enable him/her to fully exercise the right to be present by the authorities can generate questions concerning part 1 of Article 6.

The ECtHR has also found that by summoning a hearing *in absentia* of the applicants, the Appeal Court did not properly check whether the applicants have been properly notified about the hearing. The representative of the respondent was present at the hearing and presented his arguments and explanations orally, about which the applicants did not have a chance to present their position. They did not have a chance to present their oral arguments in support of their claim. This omission was not rectified either by the fact that the applicants could appeal the judgment in the Cassation Court, as the latter, in contrast to the Appeal Court, does not perform a complete re-trial of the case. Thus, under the case circumstances, the principle of equality of arms has not been observed.

As one can note, the decisions of the Cassation Court of RA and ECtHR have had a direct impact in eliminating the challenges rising as a result of improper notification of case participants in domestic courts, in particular, by forming a unified legal practice. On the other hand, one must note that efforts to maximize the objective of ensuring a person's presence at the hearing of a court or creating safeguards for such participation may give rise to the issue of extended periods of case trials.

### III. Existing challenges and possible legislative solutions

The fact that currently there is only a single application in courts regarding the legal provisions that regulate the notification of case participants, and the substantial de-

<sup>8</sup> See the decision of Cassation Court of RA in "*Haykap Bank*" CJSC vs. *Shahen Babayan* dated 26.10.2006; civil case No 2-2128/A, as by 25.12.2012 it is available at [www.armlaw.am](http://www.armlaw.am)

<sup>9</sup> For aforementioned interpretation of Article 6 of the Convention refer to the case *COLOZZA vs. ITALY*; 9024/80, ECHR 12.02.1985, clause 28 of the decision; as by 25.12.2012 it is available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57462>.

<sup>10</sup> Being the first in regard to settling the issue of proper notification and forming a single practice the aforementioned decision of RA's Cassation Court guided the judicial practice in the direction of complete and tangible exercise of the right to be heard in the court concerning the proper case. The result is quite obvious: since 2011 till date the court did not state any violation of the right to a fair trial on the grounds of improper notification and consequently no judicial act has been overruled on this ground.

<sup>11</sup> See *NIKOGHOSYAN AND MELKONYAN vs. ARMENIA*, 11724/04 13350/04, ECHR 06.12.2007 judgment's final part, as by 25.12.2012 it is available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83884>.

<sup>12</sup> See clauses 19-23 in the same place.

crease in the cases involving non-participation in the judicial hearings or individual judicial activities does not yet mean that there are no problems in regard to this issue.

The review of the current practice demonstrates that very often the proper notification of case participants is ensured at the expense of extending the trial periods. This is principally an issue of legal regulation, as the relevant provisions of RA's Civil Procedure Code consider it necessary to notify a person, and the court must be assured that the notification has been received in person. Whereas very often it is not possible to ensure the proper notification of the person in person within a reasonable period, as the parties often avoid the receipt of the notifications because of various reasons. In fact, the actions aimed at proper notification lead to the violation of another component of the right to a fair trial, the right to a trial in a reasonable time.

Ever since the adoption of the Civil Procedure Code of RA in 1998, there has been no amendment made to the chapter titled "Judicial notification" until 2012. The amendment made in 2012 was conditioned by the progress in various areas of public life and had an objective to ensure the proper notification of case participants by an additional mechanism. The contents of the amendment allow the applicants, respondents and third party to mention their email addresses in their applications to which courts can send an e-notification, which is equivalent to a proper notification, if there is an electronic confirmation of its receipt<sup>13</sup>.

The new legislative regulation created an additional guarantee to provide for a proper and faster means of notifying trial participants. It is a different question that in practice this form of notification is almost missing. In this regard, the e-notification form often used in the administrative procedure can be considered as progressive. According to the regulation envisaged by RA's Administrative Procedure Code, when the address of a trial participant is unknown, then the posting of a notification on the official webpage of public notifications of the Republic of Armenia shall be considered as a proper notification<sup>14</sup>. The first such notification in the administrative proceedings was made in May 2011 and more than 700 notifications have been posted till date since the first web posting on the official webpage of public notifications ([www.azdarar.am](http://www.azdarar.am))<sup>15</sup>. Following such experience, the RA's draft "Law on Making Amendments" to the Republic of Armenia's Civil Procedure Code<sup>16</sup> stipulated rules which envisage more flexible regulations for proper notification of case partici-

pants. Thus, they envisage not only notification via e-mail, but also posting the notification on the official webpage of public notifications. Besides, if a party to a trial changes residence or address of communication and does not inform the court, the party will be considered as properly notified, even if the notification sent to the party's address has been returned to the court on the grounds that the given person does not live at that address.

We consider that with the regulation mentioned above it is possible to balance the issue of proper notification and the issue of conducting a trial within a reasonable period of time.

#### IV. Conclusion

As a result of the aforementioned, the cases of non-notification or improper notification and overruling of judicial acts on that ground have been considerably decreased. The judicial practice formed as a result of the Cassation Court of RA's decisions, and the increase in judicial perceptions have contributed to it. Nevertheless, there are still questions which cannot be answered merely by judicial acts. New legal regulations to ensure the notification, consistent with the current reality, as well as improvement of legal awareness of the public are needed.

We think that in near future the new legislative regulations concerning the judicial notifications will contribute to increased efficiency and fuller exercise of the right to a fair trial.

<sup>13</sup> See Article 1 of Law on Making Amendments to the Republic of Armenia's Civil Procedure Code 22.03.2012, HO-37-N, HHPT 2012.04.11/19(893), as of 25.12.2012 it is available at [www.arlis.am/DocumentView.aspx?docid=74983](http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?docid=74983).

<sup>14</sup> See part 2 of Article 62 of RA's Administrative Procedure Code; HHTP 2007.12.19/64(588), as of 25.12.2012 available at [www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=78326](http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=78326).

<sup>15</sup> See sub-section "RA Judicial Bodies" of "Announcements" of [www.azdarar.am](http://www.azdarar.am), available as of 25.12.2012.

<sup>16</sup> The draft is available at [http://moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_5394019566\\_Qax\\_dat\\_26.11.2012.pdf](http://moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_5394019566_Qax_dat_26.11.2012.pdf) as of 25.12.2012.

## Shortcomings of Legal Regulation of Arbitration as an Alternative Mechanism of Resolving Commercial Disputes: Case Study of Georgia

*This article aims at presenting arbitration as an alternative mechanism of commercial dispute resolution within the realm of Georgian law. The author reviews the provisions of the Law of Georgia "On Arbitration," and, based on the analysis of arbitration practice in Georgia, appraises the eradication of institutional shortcomings which should ensure better performance in the future.*

*The introduction of arbitration in Georgia as an impartial and timely mechanism of commercial dispute resolution is bound to become an effective measure. This, in turn, is a basis for the establishment of a mechanism of alternative dispute resolution in private law.*

### I. Introduction

Arbitration is a mechanism of alternative dispute resolution, which enables parties to settle legal problems arising between them with the help of a quasi court/judge (the so called arbitrator) appointed by themselves. According to a viewpoint expressed in legal doctrine, the practice of arbitration preceded the formation of courts<sup>2</sup>.

Like any other legal institution, the existence of arbitration depends on clear legal principles around which the whole institution should be built up. Arbitration as an alternative mechanism of dispute resolution between parties is a quasi-judiciary institution, which contains procedural rules characteristic to arbitration, and yet is based on fundamental principles of a fair trial.

One of the most important features of an effective and efficient institution is trust, which defines the attitude of the public towards it. Other important principles that ensure optimum performance of an institution of arbitration are independence, impartiality, and certain legal autonomy. Transparency and accessibility of arbitrating tribunal, and arbitration proceedings as viewed by the parties are also noteworthy as they imply open communication, and establish credibility of the institution.

There are certain practical problems that hinder the establishment of an arbitration court as an independent and efficient institution that enjoys public trust. Inability to effectively regulate arbitration (selection of arbitrators), and

the qualification and independence of arbitrators at the institutional level and in practice are two such problems.

### II. Selection and formation of an arbitration court

The implementation of the abovementioned principles is impossible without a fair mechanism for the selection of arbitrators and the formation of an arbitration court.

As of today, arbitration proceedings, composition, appointment, recusal and discontinuation of the term of office of arbitrators are governed by Chapter Three (Articles 10-15) of the Law of Georgia "On Arbitration (hereinafter the "Law")."

Under the Law, an arbitration court consists of one or more arbitrators. The number and the procedure of appointment are defined by the parties to the dispute (Article 10 of the Law). The said provision is reinforced in Article 11.2 of the Law, under which the procedure for the appointment of arbitrator(s) and the president of an arbitration court is determined with the disputing parties' consent.

In my opinion, the procedure for the formation of an arbitration court is fair and based on equality. However, this procedure only applies where there is no agreement reached between parties. Under the procedure, if an arbitration court should include three arbitrators; two arbitrators are appointed by the parties, who in turn appoint a president of the arbitration court. If either party fails to choose an arbitrator within 30 days after receiving the request from the other party, or if the two arbitrators cannot reach an agreement on the appointment of a president within 30 days of their selection, a court, based on an application of a party, is entitled to appoint an arbitrator/president within 30 days after receiving the application (Article 11.3.a) of the Law). Should an arbitration court consist of only one arbitrator, and the parties failed to reach an agreement, a court is entitled to appoint an arbitrator within 30 days after receiving an application from a party (Article 11.3.b). In order to ensure an independent and impartial arbitrator, the court should take into account the qualification requirements agreed between the parties.

In the light of the conditions mentioned above, it can be concluded that the statutory procedure for the formation of arbitration tribunal is based on equality and parity of parties. Where parties do not reach an agreement on the selection of a third or a single arbitrator, the issue is resolved by a neutral party – a court of general jurisdiction, which can be deemed a fair mechanism.

However, the analysis of the practice shows that almost in all cases the parties forego the balanced statutory procedure of forming an arbitration tribunal, and opt for other mechanisms, which may allow unequal representation of either party. "Voluntary" agreements to such effect raise a number of questions. There is a reason to believe that creditors (lenders, credit institutions, etc.) take advantage

<sup>1</sup> Private Lawyer, Executive Director of the Centre for Professional Development of Lawyers; Member of Commission of Continued Legal Education at Georgian Bar Association.

<sup>2</sup> Tsertsvadze G.(2008), *International Arbitration*, Tbilisi, p. 28.

of their dominant position in the market, and impose upon parties to select a particular arbitrator, which is against the spirit of selecting arbitrators as laid down by the statutes.

When it comes to the permanent arbitration tribunal, in most cases, disputes are considered by a single arbitrator (in order to make the arbitration procedure cost-effective) who is selected and appointed by the president of arbitration tribunal out of the list of arbitrators.

Despite its drawbacks, a party should opt for this alternative dispute resolution instead of a general court. The former allows much more leeway and entitlements, and the major freedom of choosing an arbitrator, which the latter does not allow. A party may express its will when selecting an arbitrator, which is the most important criterion for the perception of justice. Western experience in this regard is noteworthy. Arbitration has been in practice for centuries, and the confidence in this institution is very high due to its reputation for long history of fair arbitrations. In Georgia's scenario, where the institution is still nascent, the major responsibility of building trust rests with arbitrators. If a corps of arbitrators with sound credentials and considerable public trust is developed, it will be feasible to deploy them effectively during specific arbitrations.

An arbitration tribunal is a private institution and has more autonomy than those individuals directly taking a decision. Arbitrators are members of an arbitration tribunal and dependant on it for their continual membership. A contract with an arbitrator is concluded on behalf of an arbitration tribunal. If an arbitrator's decisions run counter to the principles of arbitration, he or she soon will be without a contract and will not be able to continue as a functioning arbitrator. Where an arbitrator is independent from external influence, and only a party to a dispute is entitled to select him/her, the institution of arbitrators thus created is strong. Under such conditions, arbitrators act on a competitive basis, and they continue their activities as long as they enjoy high degree of public trust.

### III. Independence of an arbitration tribunal and conflict of interests

Avoiding conflict of interests is an important factor for the independence of the institution of arbitration. There are frequent practical examples where arbitrators fail to avoid conflict of interests. Some permanent arbitrators are under either direct or indirect influence of the credit institutions, or affiliated to these bodies. Also, there are frequent cases where some of the permanent arbitrators are representatives of law firms that provide legal services to credit institutions and lenders whose disputes may become subjects of arbitrations over which said arbitrators could be presiding over. It is a typical case of conflict of interests which is not prohibited in express terms by legislation.

The instances of conflict of interests are evident if we analyse the courts' practices. The City Court, for example,

refused to acknowledge and enforce an arbitration court's decision due to the conflict of interests.<sup>3</sup>

The Court deemed that the following factual circumstances amounted to conflict of interests: 67% of the start-up capital of a legal entity having an arbitration claim and 16.65% of the start-up capital of the permanent arbitration court considering that particular claim was owned by one and the same person. The Court of Appeals observed in its judgment that Article 45.1. of the Law of Georgia "On Arbitration" lays down the grounds for refusal to acknowledge and enforce an arbitration court's decision. Under paragraph 'B' of the aforementioned Article, a party's claim on the acknowledgement of a decision may be rejected if the latter contradicts public order. The Court of Appeals observed that despite the fact that neither the Civil Procedure Code nor the Law "On Arbitration" contains any definition of what should be understood as "public order," the logical analysis of the provision, the arbitration, which is in serious violation of parties' procedural right to have the case considered by an independent and impartial arbitrator, shows that it is in breach of public order. Moreover, the Court observed that an arbitrator is considered to be impartial unless there are circumstances that raise doubts concerning the integrity of an arbitrator, irrespective of the fact whether there was an arbitration agreement concerning the given arbitrator or an arbitration court.

From the analysis of the abovementioned case, it is obvious that the impermissibility of conflict of interests is not governed by legislation in express and detailed terms, which may be considered to be a shortcoming. It is, however, deemed to be a breach of public order in jurisprudence.

Unlike the particular case discussed above, there are other cases where it is very difficult to establish interrelation between the parties and arbitrators, and hence conflict of interest. As mentioned, when creating permanent arbitrators, credit institutions and other dominant organisations use false identities of owners, and sometimes companies registered in offshore zones, which make it impossible to identify an ultimate beneficiary. Accordingly, it is realistic to assume that an interested party may create

<sup>3</sup> See, judgment No. 2B/2130-11 of 20 July 2011 adopted by Tbilisi Court of Appeals:

"The Chamber observes that the statutory definition of public order is not given in either Civil Procedure Code of Georgia or the Law of Georgia "On Arbitration." However, stemming from a logical analysis of the provision, an arbitration decision, which is in a substantive breach of parties' procedural right to have their case considered by an independent and impartial arbitrator is in breach of public order. An arbitrator should be considered independent unless there are circumstances giving rise to a reasonable doubt as to the partiality of the arbitrator. The fact whether there was an arbitration agreement concluded does not have any relevance. Accordingly, the Chamber is satisfied that in the case before it, the aforementioned fact raises a reasonable doubt as to the impartiality of the arbitrator which in its turn affected the basic principle of equality of arms. Therefore, the violation of a procedural rule during the consideration of the case concerned shall be construed as the breach of public order within the meaning of Article 45.b.a) of the Law of Georgia "On Arbitration."



a permanent arbitrator and have his/her disputes resolved by that arbitrator.

The degree of interdependence between permanent arbitrators and a particular arbitration court seems to be likewise problematic. Every permanent arbitrator on the list of arbitrators is an independent entrepreneur. Arbitrators are members of an arbitration court and are dependent on it because they have been selected by the arbitration court's senior managers.

Accordingly, if there are decisions against arbitration policies, opposing arbitrators may be struck out of the arbitrators' register. I believe that the best practices of separation of competences between arbitrators and arbitrations that exist abroad should be introduced in Georgia in order to ensure independence of arbitrators. This can be achieved through legislative changes that ensure that an arbitrator is completely independent from a permanent arbitrating body and can only be selected by a party.

I also believe that the legislation should envisage a mechanism for preventing conflict of interests. It should include statutory regulation of organisational form of arbitration, certain limitations for arbitration court's founders, and further safeguards to ensure arbitrators' independence and impartiality.

#### IV. Arbitrators' qualification

It is crucial that arbitrators have adequate qualification in order to have the public's confidence. Arbitrators' qualification is not governed by law. It is evident from case studies that major violations in discharge of their duties are attributed to lack of established standards of qualification.

When reviewing the Law of Georgia "On Arbitration," it was revealed that legislation does not require an arbitrator to have any professional skills for the consideration of a particular case.

Article 2 of the above Law deals with the terms referred to in the Law. The interpretation of the term "arbitrator" is not, however, to be found in article 2, and it is logical that the Law does not stipulate any qualification or professional requirements for arbitrators, let alone any personal characteristics or other preconditions to be met by arbitrators before taking up office.

It is noteworthy that Article 16 of the Law of Georgia "On Arbitration" governs competences of an arbitration court. However, it stems from the contents of the aforementioned provision that the competences only mean their entitlements and not qualifications.

Accordingly, bearing in mind the above circumstances, it is obvious that the legislation in force does not regulate any requirements related to an arbitrator's qualifications which I believe to be one of the shortcomings of the legal requirements.

With the view of redeeming the aforementioned legislative shortcomings, the law should provide particular requirements for arbitrators to meet.

The definition of professional competences of arbitrators has a great practical implication. The subtle details of an arbitration procedure may have an impact on the final judgment<sup>4</sup>, and hence it is expedient to lay down statutory provisions about arbitrators' qualifications.

It is one of the obligations of arbitrators to act fairly and impartially. This obligation is specified in common law. If this principle is enforced, it will be mandatory that arbitrators' qualifications meet certain criteria which will be a precondition for a qualitative consideration of disputes between parties.

The abovementioned subject acquires even more importance given the fact that exclusive entitlement to adopt an arbitration decision rests with arbitrators and not arbitration institutions<sup>5</sup>. Accordingly, it is even more important to define the qualifications of every single arbitrator as it is quite feasible that an arbitration court at stake has a good reputation but a particular arbitrator considering that case fails to meet professional and other requirements.

Arbitration disputes are resolved by arbitrators and the quality of proceedings and consideration of claims depend on their qualification, professional and personal skills, and sense of responsibility. Accordingly, it is presumed that the parties should be willing to agree upon not only the number of arbitrators, but their professional and personal skills as well.

Selection of an arbitrator is decisive for the outcome of arbitration proceedings. Accordingly, the eligibility criteria should be specified by legislation. It is also important to determine the scope of detailed background check when choosing arbitrators to ascertain their independence and impartiality<sup>6</sup>.

In order to address the existing shortcomings, we believe that the Law of Georgia "On Arbitration" should be amended, and provide for particular qualification requirements for arbitrators

In particular, an arbitrator should meet the following criteria:

- a) practical experience of working as an arbitrator;
- b) theoretical knowledge as well as specific knowledge of the subject matter;
- c) independent, impartial and enjoy high degree of confidence;
- d) endowed with certain personal characteristics, in particular, should be open for a dialogue, be collegial, consider and evaluate with objectivity and empathize with people;

<sup>4</sup> Tsertsvadze G.(2008), *International Arbitration*, Tbilisi, p. 282

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> Gerhard W.(2004), *Choosing Arbitrators: the International Practice of Law in Action, in Reflections on the International Practice of Law*, ed. Nedim Peter Vogt, Helbing & Lichtenhahn, p. 222.

- e) command of languages;
- f) knowledge of the particular area of business the parties are dealing with;
- g) sufficient time for consideration of a decision in a case;
- h) bound by the ethical standards of a lawyer since arbitrators are usually lawyers;

With the view of improving the present law in force, it is advisable to have qualification requirements determined by law. This will also serve the objective of offering the civil society arbitration process of better quality.

## V. General analysis of court practice

There are interesting tendencies in the jurisprudence of Tbilisi and Kutaisi Court of Appeals in terms of the recognition, enforcement and annulment of arbitral decisions.

The analysis of the court cases at our disposal shows that the Court of Appeal has established practice, under which an arbitration clause is legal only where a particular arbitrator (a permanent arbitration court) is appointed by parties' agreement. Moreover, the said clause must not have an alternative<sup>7</sup>. The aforementioned proves once again that a dominant party takes advantage of a blank reference to arbitration, or the wording "of party's choice," which is not considered by a court to be an arbitration agreement<sup>8</sup>. The court practice shows that most of arbitration decisions are annulled due to the fact that arbitration agreements fail to meet the statutory requirements, i.e. the right to choose an arbitrator is not guaranteed.

The analysis of the court practice indicates that a court of appeal may annul an arbitration decision due to the

conflict of interest between a claimant and an arbitrator. There are also cases where a decision is annulled due to the violation of "equal protection of parties' rights" which implies impartiality of an arbitrator. The cases show that arbitrators and arbitration courts are interdependent, and they depend on either a founder or a large "donor" client. This once again makes us think about the need to regulate the independence of arbitrators and conflict of interests.

One of the grounds for the annulment of arbitration decisions by Courts of Appeals is that the decisions are in breach of public order.

When interpreting public order, a court points out circumstances which substantially violate the procedural rights and legal interests of the parties. E.g. A party was not given a possibility to lodge a rebuttal; or a party was not duly notified about the date of the hearing; a respondent was not duly informed<sup>9</sup>; a creditor was awarded mortgaged property; arbitration decision does not contain the reasoning part; the settlement text is different from the text approved by the decision; one set of minutes is signed by one person, the other set is signed by others, *etc.*

It stems from the analysis of the aforementioned facts and court practice that the professionalism of arbitration is doubtful. There are biased relations between arbitrators and parties; partial decisions are adopted, and the principle of equality of arms is ignored, all of which discredit the idea of alternative dispute resolution.

## VI. Conclusion

As the result of the preliminary analysis of institutional framework and court jurisprudence, it can be concluded that additional regulation in the field of arbitration is needed in order to further develop and improve the institution. This will contribute to the popularization of the institution and increase of public trust. It will in its turn be a precondition for efficient and objective consideration of legal disputes.

We believe that the following issues should be governed by law in a detailed manner:

- Option for selection of arbitrator/arbitration court; as the practice shows, at the stage of selection of an arbitration court, credit institutions enjoy factual dominance over the free will of the other party, and can trick them into agreeing to have their case con-

<sup>7</sup> See judgment no. 28/1691-11 adopted by Tbilisi Court of Appeals on 24 October 2011: "It stems from the contents of the said Article that the disputes arising between private parties may be considered by an arbitrator agreed by the parties when concluding an arbitration agreement. The agreement should stipulate in express terms a particular arbitration, entitled to consider and resolve a dispute. An arbitration agreement should be deemed null and void if it does not refer to arbitration or it is impossible to presume which arbitration could be implied by the parties. An arbitration agreement must not presuppose two or more arbitrations as authorities to consider arbitration disputes."

<sup>8</sup> See judgment no. 2b/2273-11 of Tbilisi Court of Appeal adopted on 5 September 2011: The decision on this dispute calls for legal assessment of the final arbitration clause in the contract on loan and mortgage concluded by the parties on 4 September 2008. Under the clause, the parties undertake to bring any disputes related to the contract to arbitration, chosen by a candidate. The Chamber observes that "an arbitration agreement may be drawn up either separately or as a clause to the contract concluded between parties. By its legal nature it is, however, different from typical contract clauses. The parties express their genuine will by laying down jointly and equally the rules for the resolution of pending or future disputes. Accordingly, both parties authorised to decide on equal basis about referring the dispute to a private arbitration. Any agreement between parties about the resolution of disputes by private arbitration should contain that substantive minimum which is necessary for its qualifying an arbitration agreement. Under Article 327.1 of the Civil Code of Georgia, a contract shall be deemed concluded if parties agreed to its all substantive terms through due procedure. Accordingly, an arbitration agreement should accurately establish which legal relation is to be referred to arbitration and it should be feasible to identify an arbitrator to consider the dispute at stake."

<sup>9</sup> See, the judgment of 25 January 2011 adopted by Tbilisi Court of Appeals:

"The court believes that in the given case, the reasonable scope of the obligation to inform a party about arbitration has been infringed. The fact that arbitration claim was duly submitted and the respondent had the possibility to lodge a rebuttal cannot be established from the arbitration case file. Stemming from the abovementioned, the Chamber of Appeals is satisfied that the requirements provided for by Section 1.a.e) and a.c) of the Law of Georgia "On Arbitration" are met with the view of refusing the acknowledgement and enforcement of the decision of LTD "Permanent Georgian Arbitration" of 3 December 2010. Accordingly, the Chamber rules to decline the request of acknowledgement and enforcement of the decision of arbitration of 3 December 2010."

sidered by an arbitrator representing the interests of the credit organisation. Therefore it is recommended to have a unified list of arbitrators, out of which arbitrators will be selected by the parties; the arbitrators, where cases will be considered, will only be in charge of administrative functions and will not have any links with arbitration courts;

- Lack of independence of arbitration – failure to separate an arbitrator from an arbitration court – conflict of interests. One of the ways of addressing this issue could be implied in the above discussion on drawing a line between an arbitrator and an arbitration court, as well as strict regulation of sanctions in the cases involving conflict of interests. In particular, financial sanctions are implied as well as prohibition to practice as an arbitrator in the future;
- Determination of arbitrators' professional standards by law. The law should govern the minimum standards that an arbitrator must meet in order to be eligible to be an arbitrator and qualify to consider a case.

## The Role of the Court Staff in Ensuring Fair Trial Rights

### I. Introduction

*In this article the author examines the crucial role of court staff (non-judicial court personnel) in ensuring fair trial rights. Based on international experience and relevant Azerbaijani legislation, the author specifically highlights the necessity of strict and diligent fulfillment of job responsibilities by all court officers. Furthermore, the article presents a brief summary of the judicial reform process in Azerbaijan and points to the impact of the reform on the work of the court staff. The author also summarizes two judgments of the European Court of Human Rights in respect of Azerbaijan on issues pertaining to the topic and provides various perspectives on the future of reforms related to the court personnel.*

### II. Research Question

Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed on 4 November 1950 and in force in respect of Azerbaijan since 15 April 2002 (i.e. from the day of handing of the Convention ratification validation paper to the depository), enshrines “the right to a fair trial.” Paragraph 1 of the Article states: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.” Prior to examining this provision and obligations it creates for the work of the court staff, it is useful to stress once more the importance of this Article and positive commitments undertaken by the State Parties. As formulated in Article 1 of the Convention (“Obligation to Respect Human Rights”), “the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

For decades since the adoption of the Convention, legal experts debated and researched the seemingly easy to understand language of Article 6. The case law of the European Court of Human Rights repeatedly referred to

and clarified the concepts of “a fair and public hearing,” “a reasonable time,” “an independent and impartial tribunal,” and “established by law.” Thus, this article treats a simple, yet the extremely crucial issue of governmental commitment to ensure the right to a fair trial, the issue of the role of the court staff in delivering a fair and public hearing and implementation of respective commitments in Azerbaijan.

Arguably, only the people working in the courts fully realize the load of responsibility entrusted to the court staff for ensuring the proper administration of justice. To illustrate the point, I would like to quote from a recent media interview by the President of the European Court of Human Rights, Mr. Nicholas Bratza. Referring to the 138,000 cases pending before the Court, Mr. Bratza stated that, “the problem lies in preparation of cases for the examination. The Court secretariat works really well. We receive cases from more than 40 countries with different legal systems. We stand in need of experts who know fine details of these legal systems<sup>2</sup>.”

To further corroborate this point, allow me to quote from Mr. Khanlar Hajiyev, an Azerbaijani judge at the European Court of Human Rights: “Examination of applications at the Court takes some time. The reason lies in the shortage of legal experts. At present, only one lawyer from Azerbaijan works at the Court on a permanent contractual basis. An exam for selecting a new lawyer was held in July, and the best qualified candidate will shortly commence work at the Court on the same contractual basis. I believe that engaging the second lawyer from Azerbaijan will definitely speed up the examination of complaints<sup>3</sup>.”

In the same interview Mr. Hajiyev stressed that the European Court has an Office with high-skilled legal experts. Mr. Bratza informed that the Court has 47 judges and 650 officers, of whom 44 are from the UK.

At this point, allow me to digress and, at the risk of provoking pessimism towards the chances of obtaining a fair judgment at the European Court of Human Rights and the ability of the Court to provide an effective remedy for rights breached in applicants’ home countries, to ponder on the oft-quoted remark that “the European Court has become a victim of its own success<sup>4</sup>.” The Strasbourg based Court, a top institution for adjudicating human rights cases for the last five decades, now struggles to keep afloat of its mammoth case-load. Estimates show that it will take the Court at least 20 years to process the currently pending cases, excluding more than 60,000 additional applications that the Court receives each year.

Hence, it is clear that the European Court of Human Rights, a standard setter for human rights in Europe, de-

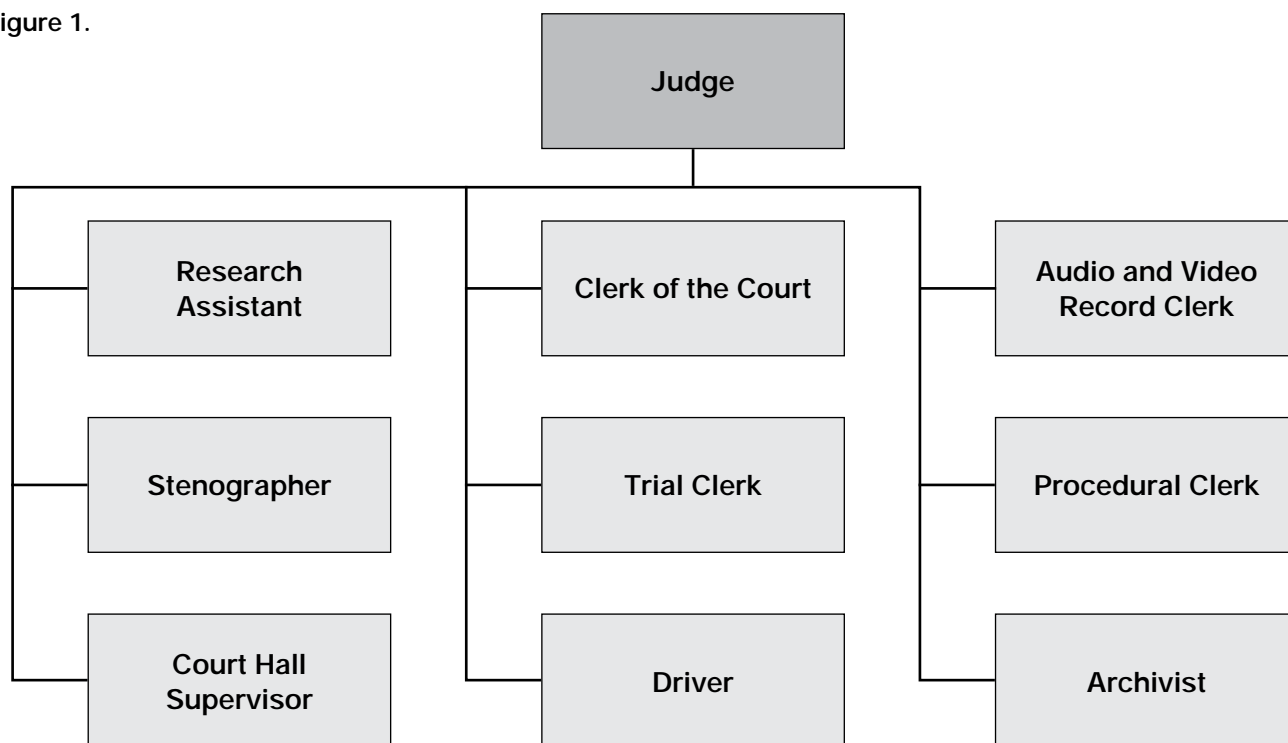
<sup>1</sup> Senior Advisor, Anti-Corruption Section of the Staff of the Judicial-Legal Council. Zahid Məmmədov is aPh.D., candidate in civil law at the Baku State University (BSU). He teaches Roman law and intellectual property law at the BSU Department of Law and lectures on topics related to judicial reform at trainings for the court staff and courses for trial lawyers held at the Judicial Academy. He was invited to attend the GIZ-sponsored Winter Academy (“Transformation Lawyers – The Legal Dialog for Legal Transformation”) in 2011.

<sup>2</sup> Sir Nicolas Bratza defends the European Court of Human Rights. <http://www.guardian.co.uk/law/2012/oct/21/sir-nicolas-bratza-defends-echr>

<sup>3</sup> Interview of Xanlar Hacıyev, the Azerbaijani judge at the European Court of Human Rights. <http://az.trend.az/news/society/2055655.html>

<sup>4</sup> [http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/country\\_profiles/4789300.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/country_profiles/4789300.stm)

Figure 1.



depends on its staff for fulfilling its duties and making sure it can cope with the work. Nowadays, all states, regardless of whether they boast a long-standing judicial tradition or set out to reform their judicial systems, must pay close attention to the court machinery and make sure it stays abreast of the evolving needs of the day. In this regard, it is useful to learn from the best international practice and consider the organization and activities of the court staff abroad.

### III. Court staff or non-judicial court personnel: who are they?

Simply speaking, the court staff includes all court personnel except judges and members of the jury (where they exist). Quite naturally, in different legal systems like the Anglo-Saxon, the continental, etc. non-judicial staff and their functions differ to a certain extent. All of them, however, fulfill one basic function; they assist judges (and the jury) in effective administration of justice.

In the USA, there is a position called the clerk of court, responsible for administrative tasks in first-instance and appellate courts. A clerk of court is a kind of court administrator acting on the basis of a specific job description. All case-related papers are registered and deposited in the court clerks' registry. There are also other clerks to assist judges. They organize the work of the judge's office, sort out, register and label incoming documents, and sometimes type decisions, instructions, orders and other papers related to the work of the judges. Court stenographers have a crucial role to play as they take records of all trial proceedings. What is more, all judges are provided with judicial clerks (also known as law clerks or law secre-

aries), whose activities are considered to be much more important than those of other court officers because they do research and fact-finding for judges, collect and check references to the statutory legislation and relevant case law, and, finally, draft judgments, other court rulings and orders for judges. This is a perfect job for law school graduates, especially those who graduated with honors and aspire to a judge's career in the future.

For instance, the position of a judicial clerk at the Supreme Court of the USA is believed to be very prestigious in the field of jurisprudence. A few law clerks later became justices of the Supreme Court<sup>5</sup>. It is worth noting that law clerks positions, first appeared in the English system, were later introduced in the USA and subsequently implanted in all countries with the Anglo-Saxon legal system.

In continental Europe as well as former Soviet republics, including the South Caucasus states, positions of court officers and their functions are quite similar. Differences that have emerged in the recent decades are mainly the results of earlier and more efficient transition of the countries of Western Europe towards the application of modern court administration as well as the implementation of information and communication technologies. Countries with the Anglo-Saxon legal system have had a significant impact on court administration of countries with the Romano-Germanic legal tradition. This can be partly ascribed to active participation of the former in training and exchange programmes. This is especially true of the American involvement; their success in court administration prompted many

<sup>5</sup> Уильям Бернам. Правовая система США Москва, «Новая юстиция», 2007, с. 235-236. /William Bernam. The US Legal System/

Latin American, Central and Eastern European countries to implement legal reforms (widely promoted and partially financed by USA) based on the American model<sup>6</sup>.

Figure 1 shows an integrated staff component model for the non-judicial court personnel, common for both continental and Anglo-Saxon legal systems in line with *A Guide to the Judicial Reform and the Role of Court Personnel*, issued by the USAID in 2009.

It would be illuminating to discuss the judicial reforms and the role of the court staff in Azerbaijan. Later, we will consider specific obligations and tasks of the court staff in ensuring the right to a fair trial based on experiences from Azerbaijan.

#### IV. Institutional judicial reforms in Azerbaijan: a brief summary

Being formerly a constituent republic within the USSR, Azerbaijan declared its independence in the Constitutional Act of 18 October 1991. During the seventy years of the Soviet era, the courts acted merely as the rubberstamps of the Communist Party, which made fair trials and independent judiciary simply impossible. Post-Soviet states inherited this unlawful and corrupt judicial system from the previous regime<sup>7</sup>. The Communist Party apparatchiks had been forcing judges to accept their diktats through not infrequently practiced confidential telephone calls (hence, the notion of “telephone law”)<sup>8</sup>. Strong state power, domination by the prosecutor’s office and lack of independent judiciary were characteristic of legal systems inherited by the post-communist states that emerged in 1989 – 1991.

The abovementioned Constitutional Act laid out the key principles of the legal system and declared that justice in the country must be administered by independent courts. However, the fact that Azerbaijan commenced its state-building under very unfavorable conditions (originating from decades of the totalitarian rule) could not but affect the process of establishment of the rule of law in the country. The situation was further aggravated by the existence of the well-known conflict, the socio-political confrontation and the deep crisis extending to all societal spheres<sup>9</sup>.

The Constitution of the Republic of Azerbaijan adopted in 1995 declared that Azerbaijan is a democratic and secular state, based on (1) the rule of law; (2) separation and interconnection of power; (3) constitutionally guaranteed civil and human rights and freedoms. The Constitution clearly identified the judiciary as an independent branch of the government. These principles were confirmed and further developed in the Law “On Courts and Judges” enacted on 10 June 1997.

In 2000, the selection of judges (first among civil servants) was first conducted through a competitive test procedure. In the same year, important steps were taken for the establishment of the independent judiciary, amounting to the inauguration of a new court system.

On 17 January 2001, the Committee of Ministers of the Council of Europe (CE) accepted Azerbaijan as a full-fledged member into the Council. As one of the obligations Azerbaijan undertook when acceding to the Council of Europe, a joint Azerbaijan-CE working group was established with the purpose of thorough review of the judicial legal framework. The working group consisted of judges, court officials and CE experts. Through intensive efforts, the joint working group developed a detailed Action Plan for the judicial reform which was successfully implemented in the following years. When drafting and implementing the Action Plan, close attention was paid to Recommendation 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Independence, Efficiency and Responsibilities of the Judges (2010), the European Charter on the Statute of Judges (1998), Opinion No. 1 of the Consultative Council of European Judges on Standards Concerning the Independence of the Judiciary and the Irremovability of Judges (2001).

As a result of the actions taken, new legislative drafts aimed at improving the effectiveness of administration of justice and provide extra guarantees to judicial independence were developed and adopted after the positive appraisal by the Council of Europe. Specifically, the fundamental renewal of the Law “On Courts and Judges” in 2004 and the adoption of the special Law “On the Judicial-Legal Council” contributed to increasing trial effectiveness. For the first time, judges were appointed without term limitations and rules for evaluating their performance were adopted. Judges were barred from receiving visitors with the objective of reducing corruption. To increase judicial transparency, all judgments of upper courts, along with judgments of lower courts thus revoked or amended, were to be published. The reforms also led to the establishment of two independent bodies (mainly consisting of judges); the Judge Selection Committee, in charge of organizing the selection of judges, and the Judicial-Legal Council as a self-governing judiciary authority, which, among other tasks, was made responsible for disciplining judges in accordance with new rules based on democratic principles.

<sup>6</sup> A Guide to the Judicial Reform and the Role of Court Personnel: Reference for USAID Democracy and Governance Staff (July 2009) [www.usaid.gov/our\\_work/democracy\\_and\\_governance/publications](http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications)

<sup>7</sup> Əhalinin məhkəmələrə inamının mövcud olmasının bəzi şərtləri (postsovet dövrünün xüsusiyyətləri nəzərə alınmaqla), Prof. Lado Çanturia. Gürcüstan Ali Məhkəməsinin sədri. “Məhkəmə hakimiyyətinin nüfuzu və müstəqilliyi”, Konfrans materialları, Bakı, 22-23 iyul 2002-ci il. s.46. / Prof. Lado Chanturia, President, the Supreme Court of Georgia. “Some conditions for building public confidence to the judiciary”. Conference materials: Bakı, 22-23 July 2002/

<sup>8</sup> Dietrich M.K.(2000), *Legal and Judicial Reform in Central Europe and the Former Soviet Union: Voices from Five Countries*, <http://www-wds.worldbank.org>

<sup>9</sup> “Hüquqi dövlət quruculuğu yolunda təcrübə və əməkdaşlıq / “Experience and co-operation in establishing the rule of law”, Address of Minister of Justice Fikrət Məmmədov/ Berlin, 9-10 June 2009. [http://justice.gov.az/view\\_articles.php?id=45](http://justice.gov.az/view_articles.php?id=45)

In the last five years alone, 20 new courts, including regional appellate courts, were instituted to improve access to courts and develop institutions of justice in the regions of Azerbaijan. 2011 alone saw the establishment of four regional courts of grave crimes and seven administrative-economic courts (whose main objective is to provide judicial remedy to citizens for unlawful actions of government agencies).

Furthermore, in recent years, the number of judge positions has been doubled (including 25% increase in 2010) bringing the nationwide number to 600, which has significantly reduced judge caseloads.

In the following part of the article, I will attempt to illustrate the impact of the described extensive judicial reforms on the court personnel.

### V. Organization and functions of the court staff in Azerbaijan

Certainly, these fundamental judicial reforms could not bypass the non-judicial court personnel. Already the Law “On Courts and Judges” adopted in 1997 had a special clause (Article 88<sup>10</sup>) named “Court staff.” The Law stipulated that it is created for the “provision of legal, organizational, information, logistic, financial and administrative support for courts.” The initial version of the Law had it named “secretariat” for upper courts and “staff” for lower courts. The Law as amended in 2004 renamed it “court staff” (*məhkəmə aparatı*, literally “court apparatus”) at all levels but kept the original functions of the staff in the five activity areas, viz.:

- legal
- organizational
- information
- logistic
- finance and administration

<sup>10</sup> “Məhkəmələr və hakimlər haqqında” 10 dekabr 2007-ci il tarixli Qanun /The Law of the Republic of Azerbaijan on Courts and Judges, 10 December 2007/ www.e-qanun.az

Structure and organization of the court staff have evolved in line with these responsibilities. In general, the Law provided that each judge shall be supported by a clerk and an assistant; every court to be equipped with an office, a library, an archive and a general services (housekeeping) department; advisors hired for reception of visitors, systematization and coding of legislation, keeping and summarizing court records and maintenance of court statistics; and courts must organize clerical work, proper registration of court rulings and relevant rulings of upper-instance courts. Institution of a judge assistant is completely new in Azerbaijan. There were no judge assistants before 2007, nor was there a similar position under the USSR. In 2007, the position was established for the first time at the Supreme Court and appellate courts; since July 2008 assistants were appointed to first-instance court judges.

As of January 2006, the entire staff component for the first, second (appellate) and third (Supreme Court) instance courts stood at 1,288. In the last six years various actions taken within the framework of the judicial reform have brought the total number of positions of the non-judicial court personnel across the country to 2,262, an increase of 75.6% (or 974 positions). The dynamics of that increase can be observed in the figure below.

At present, according to the Azerbaijani civil service legislation, courts and court staff are considered government entities, and non-judicial personnel working there are deemed civil servants. The Law “On Civil Service” of 21 July 2000 stipulates that bodies made of civil servants, established under the law with a special purpose, endowed with defined functions set out in the legislative acts of the Republic of Azerbaijan and funded from the state budget are considered to be state authorities (government entities) of the Republic. The definition of the civil servant, given in the Law, states, “a civil servant is a citizen of the Republic of Azerbaijan occupying a paid civil service position in accordance with this Law

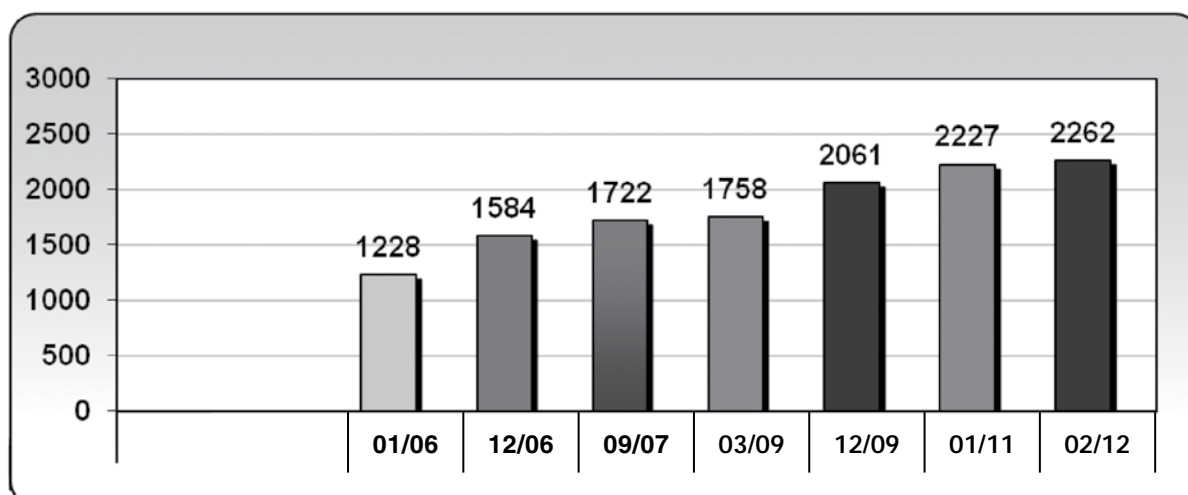


Figure 2. Growth of the court staff component in Azerbaijan (2006-2012)

and taking an oath of loyalty to the Republic of Azerbaijan when recruited to an administrative position in the civil service<sup>11</sup>.”

From this point of view, a member of the court staff is first and foremost a civil servant, and before assuming specific responsibilities in the administration of justice he/she must comply with the general requirements and functions under the civil service legislation. Legality; adherence to bounds between legislative, executive and judicial authority; and responsibility for performance of official duties are the guiding principles of the civil service in Azerbaijan. The Law “On Civil Service” sets out the main responsibilities of a civil servant as the following: enforcement of relevant legislation; timely review of applications from citizens and impartial resolution of issues within an official’s competence; respecting confidentiality of information related to personal and family life, honor and dignity of citizens; and adherence to the code of ethical conduct. Furthermore, the Law prohibits civil servants from assuming additional positions in the civil service (either by election or appointment); involvement in pedagogical or other paid activities without an express consent of the head of the state entity where they serve (academic or creative pursuits are exempted from this condition); and participation in the activity of political parties while executing their service duties.

As a civil servant and a member of a court staff, a court clerk plays an important role in the execution of main court functions. From simple responsibility of declaring judge’s entrance into a court hall to being personally responsible for the completeness and correctness of all trial records (the law provides that a clerk is independently responsible and is under nobody’s instruction in maintaining the “minutes of trial session”, i.e. court records), a clerk is a key figure in the administration of a fair trial. The procedural legislation (the Criminal Procedure Code and the Civil Procedure Code) entrusts to the court clerk important responsibilities and the legal status of a participant in the proceedings. Specifically, the Criminal Procedure Code assigns a court clerk to the category of “other participants” in a criminal process. Article 98 of the Code defines a court clerk as a court staff with no personal interest in criminal procedure, appointed with the primary duty of keeping trial records. A Court clerk’s functions are enumerated as follows:

- be present in the courtroom throughout the time required to draw up the record of the hearing, and not to leave the room without the permission of the presiding judge;
- fully and accurately record the course of the court proceedings, the court decisions, the applications, objections, evidence and submissions of parties to

the proceedings and the other matters which must be mentioned in the record;

- prepare and sign the record of the hearing within the period prescribed in the law;
- give information about his/her relationship with the participants in the criminal proceedings at the request of the court or of parties to the proceedings;
- obey the instructions of the presiding judge;
- not divulge information about circumstances relating to the inviolability of private and family life or state, professional, commercial and other secrets protected by law; and
- perform the other duties provided for in the Code.

The court clerk bears personal responsibility for the accuracy and completeness of the record of the criminal hearing and shall accept no instructions on the contents of the written record. The clerk is liable under the legislation of the Republic of Azerbaijan for non-performance of these duties.

Another aspect that proves the importance of the court clerk is that the legislation (the Civil Procedure Code Article 20 and the Criminal Procedure Code Article 116) provides the same grounds for objections to court clerk as for the judge. Apart from this, as judges are legally barred from receiving and meeting parties of the case, the Law “On Courts and Judges” requires secretaries of a judge in question to receive visitors on matters related to court proceedings.

Adopted in 2007 and amended in 2011, the Guidelines on “Organisation of Paperwork at the Courts of the Republic of Azerbaijan” define responsibilities of court clerks concerning court workflow. Certainly, the most important of these responsibilities is arranging the dispatch of court notices, to be performed by the court office. This looks like an easy and purely technical matter, but in fact it is one of the important functions of the court staff within the judicial apparatus for ensuring the equality of arms, which is one of the fundamental principles of a fair trial. Timely and accurate execution of this responsibility shall indeed ensure enforcement of the fair trial rights under Article 6 of the Convention in all their constituent elements, including the right of a person “to have adequate time and facilities for the preparation of his defense”; and the right “to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.” Non-performance of the relevant tasks by the court personnel can be deemed by the European Court of Human Rights to constitute a breach of Article 6 (see below the ECtHR judgment in *Abbasov v. Azerbaijan*).

As it was mentioned above, judges were provided with assistants or aides since 2007. Unlike court clerks, the rights and responsibilities of judge assistants have been defined neither in the Law “On Courts and Judges” nor in

<sup>11</sup> “Dövlət qulluğu haqqında” 21 iyul 2000-ci il tarixli Qanun /The Law of the Republic of Azerbaijan on Civil Service, 21 July 2000/ [www.e-qanun.az](http://www.e-qanun.az)



the procedural legislation. Nevertheless, judge assistants do perform some important functions in court proceedings. A preliminary study of this newly established institution shows that in most of the courts the assistants are involved in drafting court judgments and rulings. This, of course, does not alleviate the need to assign formal rights and responsibilities of law to judges' aides.

Other court staff employed in the judiciary system have the civil service title of advisors. In most first instance courts, one senior advisor deals with receiving visitors. In appellate and cassation instance courts, the reception function is executed by a special unit (department). Application and requests on issues not related to judicial proceedings are regulated by the Law "On the Procedure for Reviewing Citizen Applications."

It must be noted that the reception of citizens and review of their applications in the appropriate manner plays a key role in forming the public opinion about the judiciary. It is true that such opinion (positive or negative) mainly depends on the experience of people in cases where they or people they trust were involved directly. However, the second most powerful opinion former is the work of the court staff during filing of a case, sending a request or a petition, presenting documents to a court and other procedural actions. This effect is even more pronounced with people who are not well versed legally and rely on the information and help of the court staff in these actions. While performing these duties, the court staff should be careful to avoid overstepping their competences by providing legal aid to court customers, giving legal opinions, discussing prospects of their cases, etc. It is especially glaring when the court staff attempt to resolve issues that belong solely to the authority of a judge (regarding this see below the ECtHR judgment in *Hajiyev v. Azerbaijan*).

In the Law "On Courts and Judges" (see above, Article 88), the role of civil service advisors, categorized as "other court staff," is defined as systematization and coding of legislation, summarizing judicial practice and maintenance of court statistics. Certainly, these tasks are crucial from the point of quality and adaptability of the administration of justice to the needs of changing legislation, creating awareness about the importance of the judiciary in the society and performance evaluation of courts and judges.

The court office (documentation desk), library, archive and housekeeping mentioned above are manned by court's technical staff. Their functions are quite self-explanatory, and there is no need to dwell on them. One thing worth noting, though, is that the court presidents and judges call the office of the court its "heart." Thus, correct registration of cases, distribution of case-load among judges is done by the office staff and organization of smooth workflow at the court largely depends on their professionalism and skill. According

to the amended Law "On Courts and Judges" and the abovementioned Guidelines, the court office staff are given a key task of dividing cases between judges. Unlike before, this is done by clerical staff based on the special coding system, without the interference of the court president.

## VI. On two ECtHR judgments in cases v. Azerbaijan

From the date of ratification of the Convention by the Republic of Azerbaijan, the European Court of Human Rights (ECtHR) reviewed 1,765 applications from Azerbaijan. Additional 1,475 applications against Azerbaijan are currently in the Court docket. 74 of them have been communicated, and judgments will be drafted based on the correspondence between the parties.<sup>12</sup>

According to the Court's official statistical data published on the ECtHR website,<sup>13</sup> as of the end of 2011:

- ECtHR issued 51 judgments in cases v. Azerbaijan (3% of all applications from Azerbaijan). In the case of the rest of the 97% of applications, the Court ruled on the inadmissibility of the cases.
- In 47 of 51 judgments, the Court established violations of substantive provisions of the Convention.
- In 34 cases, the Court found a breach of Article 6 (the right to a fair trial), of which 12 judgments were related to non-enforcement of judicial decisions of the national courts.

Thus, the majority of judgments (34 of 47) against Azerbaijan are related to the breach of the fair trial rights. Two of those 34 judgments (that is, 6% of all judgments under Article 6) specifically address the problems of exceeding authority and non-performance by the court staff, as can be seen from the analysis of these two cases given below. In the first case (*Hajiyev v. Azerbaijan*) a court clerk exceeded his authority by issuing official letters to an applicant on the matter that belongs to the competence of the court (or the judge). In the second case (*Abbasov v. Azerbaijan*), the ECtHR ruled against Azerbaijan because the Court found that a court clerk failed to duly notify an applicant about a court hearing.

In *Hajiyev v. Azerbaijan* (no. 5548/03, 16 November 2006), the Court held that the applicant's access to the court was unjustly restricted, which constitutes a violation of the right to a fair trial under Article 6 of the Convention.

The Court noted that despite a very special situation stemming from the recent reforms in the Azerbaijani criminal procedure law, the situation leading to the violation of Article 6 rights arose because of the lack of official interpretation of domestic legislation pertaining to the appli-

<sup>12</sup> <http://az.trend.az/news/society/2055655.html>

<sup>13</sup> [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E58E405A-71CF-4863-91EE-779C34FD18B2/0/APERCU\\_19592011\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E58E405A-71CF-4863-91EE-779C34FD18B2/0/APERCU_19592011_EN.pdf)

cant's case. Instead, a court clerk (the Head of the Correspondence Department of the Court of Appeal) issued several letters to the applicant informing him that his case would be examined shortly by the Court of Appeal and that he would be informed of any further developments in due course. However, during the following period of over a year, despite the applicant's continuous inquiries, no examination of the case took place and no information in this regard was given to the applicant. Finally, more than two years after lodging his appeal, by a letter, dated 31 March 2004, signed by the same court clerk, the applicant was informed that, "... in accordance with Article 72.2 of the Criminal Procedure Code currently in force, the Court of Appeal may only examine criminal cases ... based on appeals or protests against first-instance courts' judgments and other decisions which have not entered into force [i.e. have not become final]... For re-consideration of the first-instance judgments of the Supreme Court's Military Chamber of 7 August 1995 and 26 June 1996, you are advised to apply to the Supreme Court."

In this connection, the Court reiterated that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation. This applies in particular to the interpretation, by the courts, of rules of a procedural nature such as the prescribed manner and prescribed time for lodging appeals.

In the present case, however, there was no formal judicial decision in the applicant's case that would interpret the relevant provision of the Transitional Law. The letter of 31 March 2004 signed by a clerk working in the Court of Appeal does not constitute a formal and binding judicial decision of that court. Under the Azerbaijani law, it was not for the court clerk to assess the appeal's prospects of success; it was for the Court of Appeal itself to determine the issue of the appeal's admissibility (see Article 391.2 of the Criminal Procedure Code). The letter of 31 March 2004 did not even contain any references to the Transitional Law and, therefore, cannot be considered as a source of its interpretation. The Court also noticed that the legal reasoning contained in the letter of 31 March 2004 manifestly contradicts the Transitional Law which specifically granted the right of appeal from first-instance judgments which had already become final before the entry into force of the new Criminal Procedure Code.

In *Abbasov v. Azerbaijan* (no. 24271/0517, 17 January 2008), the Court held that the Supreme Court hearing of the applicant's case was inadequate from the point of Article 6 rights inasmuch as the state's failure to properly inform the applicants about the hearing thus breaching the adversarial principle of justice (equality of arms).

On 4 October 2004, the applicant, taking advantage of the Transitional Law (passed on 14 July 2000), which allows the lodging of an appeal under the Criminal Proce-

cedure Code (in force since 1 September 2000) against the final judgments delivered in accordance with the old criminal procedure rules, lodged a cassation complaint against the verdict of 31 July 1996. The complaint was registered by the Supreme Court on 6 October 2004.

According to the Government, on 15 October 2004 the Supreme Court "informed the applicant that the appeal hearings concerning his case would be held on 7 December 2004." According to the applicant, he did not receive any such summons and, in general, did not receive any information concerning his case for several months. On 27 January 2005, the applicant wrote a letter to the Supreme Court inquiring about the status of the proceedings. On 5 April 2005, the applicant was sent a copy of the Supreme Court decision concerning his case, dated 7 December 2004. The applicant was informed that on 7 December 2004 the Supreme Court had examined his cassation complaint in the presence of a public prosecutor but in the absence of the applicant.

The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that he had not been informed about the hearing of his cassation appeal on 7 December 2004 before the Supreme Court and that, therefore, he could not be present at the hearing. He also complained under Article 6 § 3 (b) and (c) of the Convention that, in such circumstances, he had been unable to organize a proper defense, to defend himself in person or to seek to be represented by a state-appointed lawyer during the hearing.

The Court noted that the fact that on 7 December 2004 the Supreme Court heard the applicant's cassation appeal in his absence was undisputed by the parties. The parties, however, were in dispute whether the applicant had been duly informed about this hearing in advance. Although the Government produced a copy of the summons issued on 15 October 2004, the Court noted that this summons was not post-marked and the government put forward no other evidence that the summons had actually been sent to the applicant or otherwise delivered to him. Under these circumstances, the Court was not persuaded by the evidence submitted by the government in support of their contention that the applicant had been duly summoned to the hearing (compare with *Metelitsa v. Russia*, no. 33132/02, § 33, 22 June 2006).

## VII. Conclusion: Optimistic outlook for the future – challenges and prospects

The number of intelligent, well-educated and conscientious civil servants in the court staff has been rapidly rising in recent years. More than 100 court staff members have been recruited through the transparent and competitive examination procedure administered by the State Civil Service Commission. Recent graduates from law schools have expressed a clear preference for working in the judi-

ciary as compared with joining law enforcement agencies. The competition for filling court staff vacancies announced by the State Civil Service Commission in September 2012 drew the unprecedented numbers of 62 candidates for the position of a judge assistant at the Baku Court of Appeal, 32 candidates for the same position at the Baku Court of Grave Crimes, and 37 candidates for four positions of court clerks at the Nasimi District Court in Baku. Outside of Baku, 27 candidates applied for a position of advisor at the Ganja Court of Appeal, and 10 candidates for a position of advisor at the Salyan District Court.<sup>14</sup>

This trend comes as no surprise as in Azerbaijan, as elsewhere, a position at the court staff is becoming a springboard for a judicial career. Looking at the outcomes of the judge selection procedure (praised by the European experts as transparent and progressive), implemented thrice since 2005 and now in its fourth round, we can observe that among 235 judges (out of 2,200 candidates) who were appointed through this procedure during these years, 58 judges (24%) had been previously civil servants employed as court staff, far outstripping any other path to a judicial position such as trial lawyers, prosecutors and other legal professionals.

Training of court staff is also given sufficient attention. The Law provides for annual training and retraining of non-judicial court personnel at the Justice Academy. In addition to that, the Ministry of Justice and the Judicial-Legal Council, in co-operation with international organizations, co-organize a series of thematic workshops and courses. In 2012 alone the Judicial-Legal Council and the Association of Judges of General Jurisdiction organized trainings in four regions of Azerbaijan, which were attended by over 200 court staff members. In 2011, the staff of newly established administrative-economic courts had the benefit of joining a series of trainings titled "Administrative Courts – National and International Standards: the Case-law of the European Court of Human Rights," delivered by German experts.

Of course, there remains a lot to be done. In my opinion, it would be useful to adopt a tailor-made code of conduct for the court staff as a special category of the civil servants. As a model, one could use the Principles of Conduct of the Judicial Personnel adopted at the meeting of the Group of Judges on Strengthening Integrity and Incorruptibility of the Judiciary in Vienna on 27-28 October 2005, which was sponsored by the UN Office on Drugs and Crime. UN member states are recommended to use this document when setting their national standards.<sup>15</sup>

I believe that staffing courts with competent and knowledgeable personnel and their sustained training and professional development will have a positive impact on the judiciary in the nearest future.

Currently, the European Court of Human Rights, the specialised agencies of the Council of Europe and a number of international and regional organizations conduct a series of conferences, workshops and trainings on the role of constitutional courts and supreme courts to ensure the protection of the rights guaranteed by the European Convention. In this context, it would be useful to emphasize the importance of the non-judicial court personnel. Delivery of justice and perception of fairness as a paramount goal of the judiciary depends not only on a judgment reached by a judge but the entire course of judicial proceedings. Efficient and flexible organization of the interaction between a citizen and a court official can make a crucial contribution towards that goal.

I would like to conclude with the words of the Minister of Justice of the Republic of Azerbaijan, Fikrət Məmmədov, in his address to the Second St. Petersburg International Legal Forum. In his statement before the Forum, the Minister emphasized the overall importance of the fair trial principle. Undoubtedly, we can extend his address to refer to the role of the court staff in ensuring the right to a fair trial. "Definitely, we need to move forward until reaching the situation which Martin Luther King meant when he pronounced his famous words 'let justice roll down like waters.' I believe that through co-operation and learning from each other's experiences and by extensive implementation of e-justice solutions we would contribute to establishing the best practice of justice available to the entire population of the world. I am sure we will attain this lofty goal. As ancients said, "*Nulla difficultas tanta est, quam mens human non vincat* (There is no difficulty that the human mind cannot overcome)."<sup>16</sup>

<sup>14</sup> [http://dqm.k.az/aze/elan/270412/statistika/vakansiyalar\\_uzre\\_hesabat\\_1.htm#geri](http://dqm.k.az/aze/elan/270412/statistika/vakansiyalar_uzre_hesabat_1.htm#geri)

<sup>15</sup> [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publication\\_jig4.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publication_jig4.pdf)

<sup>16</sup> "Milli və beynəlxalq ədalət mühakiməsinin inkişafı: Çağırışlar, islahatlar və perspektivlər – Azərbaycan təcrübəsi", Azərbaycan Respublikasının ədliyyə naziri, Məhkəmə-Hüquq Şurasının sədri Fikrət Məmmədovun "İkinci Peterburq Beynəlxalq Hüquq forumu"nda (Sankt-Peterburq, 16-19 may 2012-ci il) məruzəsi /Minister of Justice Fikrət Məmmədov, "Developments in administration of justice at the national and international level: challenges, reforms and prospects – Azerbaijani Experience, Address to the Second St. Petersburg International Legal Forum, 16-19 May 2012/ "Qanunçuluq" jurnalı, may 2012, №5, s. 38-40.

## The Right to a Fair Trial as a Guarantee for Effective Expression of a Legal Point of View in Court Proceedings – Imperative Requirements for National Procedural Law

The right to a fair trial has its basis in Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (henceforth the “ECHR” or the “Convention”). Violations of the Convention rights take a particular place in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (henceforth the “ECtHR” or the “European Court”). 80% of the judgments made by the European Court are related to the rights enshrined in the Convention. In over 70% of its judgments, the ECtHR criticizes the long duration of court proceedings. The present article is dedicated to different aspects of the right to a fair trial and its impact for citizens as well as the requirements towards the national procedural law deriving from Article 6 of the ECHR.

### I. Introduction – the notion of “a fair trial”

The notion of “a fair trial” is not defined in the ECHR, which has generated divergences from the point of view of its accurate interpretation. In this context, we should depart from the notion of “fair hearings” which has an independent meaning to describe all guarantees of court proceedings which are necessary for a fair trial in accordance with the English legal tradition. This notion encompasses not only the issue of fair hearings, but also requires in its English interpretation the minimum standard of fairness during the entire duration of court proceedings. In the majority of cases, we talk about the requirement of “a fair trial,” sometimes using terms that are not known in the English law literature and judicial practice. Nevertheless, the terms of “a fair hearing” and “a fair trial,” which are used often interchangeably and without indicating the different content, favour the suggestion that the notions should be understood as synonymous. Any dispute about its formulation is rather of academic nature. It should be noted that the European Commission of Human Rights at the very outset considered “a fair trial” as the rights guaranteed by Article 6.1 of the ECHR<sup>2</sup>. This predominantly simple notion is also reflected in the case law of the European Court of Human

Rights. Therefore, notions of “a fair hearing” and “a fair trial” should be used as synonyms in the present article.

The notion of “a fair trial” is a complex one, but it can exhaustively be described as a general reservation for court proceedings in Rule of Law. Different aspects contained in Article 6.1 of the ECHR, which are accompanied by the presumption of innocence in Article 6.2 and minimum standards in Article 6.3 of the Convention represent purely a necessary minimum set. The ECHR does not contain any indication on how the right to a fair trial should be implemented. The issue of whether there was “a fair trial” can be solved at a later stage of proceedings depending on procedural legislation of a particular state. The applicants that invoke the Convention should perceive the principle of “a fair trial” within the meaning formed in the course of decades of the European development as a European consensus among the High Contracting Parties to the Convention in the sphere of main procedural rights<sup>3</sup>.

### II. Beneficiaries of Article 6 of the ECHR – limitation of national procedural autonomy

As a whole, in accordance with the European legal doctrine, the rights and procedural safeguards enshrined in the Convention are binding exclusively for the High Contracting Parties. The states are responsible in each particular case for the effective protection of Convention rights if prerequisites for their application are present.

However, according to the consistent case law of the European Court of Human Rights and due to the lack of special regulation, within their domestic legal systems the High Contracting Parties are obliged to set up competent courts and establish the sets of procedural provisions to enable the citizens to invoke their Convention rights before domestic courts. This principle that protects in particular the national procedural law against ‘deformation’ at the European level is only relevant when the national procedural legislation makes the application of the rights guaranteed by the ECHR practically impossible or extremely complicated (the principle of effectiveness). Does a national procedural provision render the application of rights enshrined in the Convention impossible or extremely complicate these rights? It is necessary to review this particular provision vis-à-vis the entire procedural law, as well as the outcomes and particularities of proceedings before various competent authorities. While performing this verification, we should also consider the principles that lay in the foundation of a system of legal remedies such as the right to defence, principle of legality and relevant conduct of court proceedings.

<sup>1</sup> A judge of the Federal Social Court of Germany and the editor-in-chief of the South Caucasus Law Journal

<sup>2</sup> See for example Report of the Commission № 524/59 and 617/59, YbK 3, 22 and 370.

<sup>3</sup> One contentious question remains open: does the principle of ‘a fair trial’ has the character of an independent procedure principle because obligations that stem from the ECHR are not squeezed out by the national law while ensuring such guarantees. On the contrary, such obligations are used as a set of benchmarks.

### III. The scope of application– determination of civil rights and obligation or criminal charge

In accordance with the case law of the European Court of Human Rights, regarding the application of Article 6 of the ECHR in the sphere of civil law the following factors can be relevant: the character of the right at stake, its classification in domestic law and the existence of a dispute or a contestation over the right<sup>4</sup>. Criminal charges should be related to a particular crime. The ECtHR interprets criminal charge as “the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence”<sup>5</sup>.

Within the literal meaning of Article 6.1 of the ECHR, it could seem that everything is limited by “by main court proceedings and hearings.” However, according to the established case-law of the European Court of Human Rights, while defining “a reasonable time” as a minimum on the basis of Part 1 of Article 6 of the ECHR, it is necessary to pay attention to the nature of criminal legal accusation by taking into account previous stages of judicial proceedings. Even before applying to the relevant court, this time can start to expire<sup>6</sup>. Attention should be paid to the moment when the status of a person is limited and pressurized due to investigation measures undertaken against him<sup>7</sup>. In accordance with Part 1 of Article 6 of the ECHR, a person can be considered as “the accused” from the day of arrest, the presentation of accusation or start of preliminary investigation<sup>8</sup>.

#### 1. Access to an independent and impartial court. Legal aid

From the perspective of the right to a fair trial, it should be noted in particular that the elements of independence and impartiality of a court and providing legal aid are the important safeguards for the realisation of the right to access to a court.

An “independent” and “impartial” court is the one that is independent of the parties, and particularly of the executive. The judicial procedure should be free of influence from the parties involved in a trial. This principle covers all elements of judges’ will, including their status; e.g. the fulfilment of all necessary organization measures of cau-

tion and the creation of framework conditions for judicial activities.

Access to a fair trial also covers the fulfilment of the requirement of extending assistance while paying judicial expenses if any side is not able to cover these expenses. The right to have access to a fair trial should also be ensured for persons that do not have enough resources to pay judicial expenses. This should be applied also to persons that do not possess sufficient resources to pay judicial fees, necessary guarantee or lawyer’s fees. The right to a fair trial and access to it should be effective. It means that the person concerned has the right to a lawyer even if he/she remains in prison. If the person concerned is not able to pay lawyer’s expenses or cannot independently represent himself/herself in his/her case due to the complicated nature or the obligation to be represented, then it is necessary to involve a lawyer via extending support in payment of judicial fees if this is required by an effective access to the court<sup>9</sup>. The ECHR does not guarantee the assistance in paying judicial expenses. If the person concerned does not have a lawyer, this can violate the principle of a fair trial<sup>10</sup>.

#### 2. The requirement for a judicial hearing

The important feature of a fair trial in criminal proceedings related to the presentation of the accusation is the requirement of the accused to be tried in court. This principle is considered as complete by only this expression, e.g. to speak out in the court. Unimpeded opportunity to speak out on the evidences of the case in legal and evidence formats envisages the right to be listened in the court<sup>11</sup>. The court should attentively listen and evaluate all evidences expressed. Judgments can rely exclusively on evidence and proof expressed by the sides of the court hearing. Due to the fact that court proceedings are only carried out on knowledge about evidence, the accused should be given adequate time and opportunity to express his/her opinion on the accusation and present factual evidences and proof which are important for him/her. This corresponds to the nature of the ECHR which does not qualify the lack of last plea opportunity for the accused as the violation of the Convention, if this time has been already allocated to the latter<sup>12</sup>. Thus, the requirement of judicial hearing in general should not be violated when the accused is limited in time due his/her extensive and detailed evidences.

The nature and aims of judicial hearing form the factual right of the person concerned with participating in court proceedings and hearing. The expression of his/her views is particularly important to study the nature of crime

<sup>4</sup> See in detail Ladevik M.(2011), 3<sup>rd</sup> edition, *the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Baden , p. 6.

<sup>5</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 27.02.1980, periodic publications of the Court of 1980, 667 – *Deweere v. Belgium*.

<sup>6</sup> See the European Court of Human Rights, judgment of 21.02.1975, case of *Golder, A/18*, periodic publications of the Court 1975, 91, 94.

<sup>7</sup> Peukert, periodic publications of the European Court of Human Rights, 1980, 259.

<sup>8</sup> In general - the European Court of Human Rights, judgment of 10.12.1982, case of *Foti* = NJW – Journal of Law, 1986, p. 647 and next pages; clear linkage to the judgments on *Wemhoff*, *Neumeister* and *Ringheisen*.

<sup>9</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 09.10.1979, periodic publications of the Court of 1979, 626 №34 – *Airey v. Ireland*.

<sup>10</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 16.07.2002, 56547/00, №91 02-VIP., C. – C. v. UK.

<sup>11</sup> See Arntd, NJW – Journal of Law, 1959, p. 6.

<sup>12</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 23.09.1971, 4764/64, CD 39, 87/89.

or factual evidences and identify culpability. Personal impressions also play a significant role in setting the volume of punishment. Therefore, the principle of a fair trial as a rule envisages personal presence in accordance with the ECHR<sup>13</sup>. Rights enshrined in Parts 3c and e of Article 6 of the ECHR envisages, first of all, the personal participation of the accused. The trial of criminal cases against absent persons takes place only in case if it is compatible with Article 6 of the ECHR and if the person concerned has the right to demand a re-trial. According to the defending function, the accused should not be excluded from legal opportunities to appeal against the judgment. Therefore, it is necessary to present the written judgment and explanation of its appeal mechanisms to him/her in the language he/she understands. If we consider a foreign person, then he/she should be given the facility of translation. However, it should be noted that the ECHR has rejected in the past the demand to translate the judgment by not expressing any concrete position on this issue.

### 3. Principle of equality

Based on the principle of *audiatur et altera pars*, the right for equality is the integral part of the principle of a fair trial in accordance with Part 1 of Article 6 of the ECHR by being the special expression of the principle of equality. In conformity with this principle, each side has an opportunity to present his/her own case, including own proofs with the condition that it will not make any serious negative consequences for the opposing side. This means that opposing sides should have equal procedural opportunities and rights. However, it is not so important to consider to what extent an opposing side has, in fact, used this privilege, but to ensure the existence of such right in abstract and make the side to use this right.

In the criminal and legal "preparation of the accusation," the principle of equality defines that the accusing side should express both evidence and legal points in sufficient and reasonable manner, and not to be disregarded. As a rule, both sides are given the same procedural rights to avoid a dominating majority of the prosecutor's body. This is also noted in the ECHR by clearly underlining the principle of equality as an important and integral part of a fair trial<sup>14</sup>. This same position is also upheld by the European Court of Human Rights<sup>15</sup>. Besides, the Court has defined that to enact this principle of equality, it is sufficient to have formal and procedural positions of either of parties, e.g. there is no necessity to turn the prosecutor's office into "the adversary" of the accused.

As repeatedly confirmed by the ECHR, neither the Convention, nor its Additional Protocol №1 contain any definition ensuring exclusively the freedom of languages. However, such guarantee can be extracted from other freedoms, but without indicating procedural and legal sphere. This corresponds to the public opinion that the principle of a fair trial does not give a right to the accused to make his/her native language as the language of trial even in the case when any specific state has several official languages<sup>16</sup>. It has the principle envisaging that all sides of court proceedings should use the language of court proceedings. At the same time, it should be noted that the lack of language should be compensated by inviting an interpreter. The European Court of Human Rights is of the opinion that non-recognition of the right of a party to use native language in a trial can be regarded as indirect violation of the right for a fair trial.

### 4. Publicity of trial

Article 6 of the ECHR ensures the publicity of a trial in two ways: on one hand, it is required to conduct a verbal trial available for the public. On the other hand, it requires the publication of final court judgments.

#### a) Protection from extra public control of a secret trial

The important and integral part of the guarantee for a fair trial is the principle of publicity. It protects the parties involved in proceedings from extra public control of a secret trial by increasing public confidence in judge's activities and favoring the publicity of a trial enshrined in the ECHR defining the court proceedings in a State governed by law. Based on the objective of this principle of public control, it is not expedient to conduct a verbal trial in the language that is not the language of court proceedings and the native language of local population in accordance with the national procedural legislations. The larger part of the population is excluded from verbal process of communication. It impacts also on the protection of interests of the defendant. This is something that still awaits the judgments of the European Court of Human Rights.

#### b) Summary: judicial practice – a threat to the principle of a fair trial?

The coverage of famous crimes in media plays an important role. Information and assessments given to crimes described in media reports are direct or indirect parts of the media coverage of the court activities. They may also impact it. For instance, we can note the following: the arguments and competition between various media; information about participants and other information about

<sup>13</sup> See for instance judgment of 08.07.1978, periodic publications of the Court of 1978, p. 341 and subsequent pages; however, this is not related to the cassation proceedings because it reviews exclusively the legal issues.

<sup>14</sup> See the Report of the Commission on complaints of Pataki and Dunshirn, E 596/59 und 789/60, YbK 6, 714.

<sup>15</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 27.06.1968, case of Neumeister, A/8 § 22.

<sup>16</sup> This should be differentiated from the natural right to use native language which should be recognized as the most important and integral part of personality while communicating with public agencies.

the history of crime. Such criteria increase in scale as it happens with media conditions that are expanded thanks to the new printed media, TV and radio programs. This increases the competition between them. It is no surprise that efforts of such media to extract exclusive information and materials to cover the court activities do not always correspond to the norms of trial. It is known that some financial resources are used on this occasion.

It is quite obvious that the excessive perception of the freedom of mass media can contradict the requirements of effective trial. The coverage of court activities in mass media can be so aggressive that it can impede justice in courts, which is the most important goal of any court proceedings. Before making a judgment, the court can in advance recognize the collection of proofs by the accusing side as 'failed' or on the contrary, recognize culpability. There is a danger that the media coverage of any court proceedings can impact on the case, and it will fall under the influence of publisher's interests. The interview of a witness published directly before or during the court trial impacts on the assessment of accusation, and particularly when the witness receives high bonuses paid by some media for his/her exclusive interview. The interview impacts also on the witnesses' evidence given in the court. The same is related to the evidence given by the defendant when it comes to the position of a third party if the latter was the victim of any concrete crime or the contrary. In any case, we observe the violation of procedural rights of other sides of the court proceedings. Besides various other limitations, such media coverage of court activities contradicts a criminal case with many features of the principle of a fair trial in material criminal law.

### 5. Principle of a reasonable time in proceedings

In accordance with Part 1 of Article 6 of the ECHR, the court must make a judgment within a reasonable time. This guarantee is an integral part of the principle of an effective legal remedy on the one hand and on the other hand, there is a certain interrelation between different guarantees of a fair trial as affording procedural rights would eventually delay the proceedings. Especially, in criminal cases, the outcome should be foreseeable. The terms in civil proceedings, start with lodging a claim.<sup>17</sup> Whereas in criminal cases, the terms start prior to the main hearing when the first investigative steps are taken<sup>18</sup>. When assessing the reasonable time framework of a trial, the European Court of Human Rights considers the factual circumstances in each particular case. The benchmark of such evaluation is called by the Court as "a reasonable time of a trial". Particularly, the evaluation should be made by the com-

pllicated nature of litigations and behavior of the applicant and the component authority in line with interests that are opposing each other within such litigation<sup>19</sup>.

According to this judicial practice, no time limitations are applied. In accordance with Part 1 of Article 6 of the ECHR, the delay of proceedings is regarded as a violation committed by the competent bodies of a negotiating state. The delay by the authorized representative of a natural person is considered under the category of violations made by concrete persons.

## IV. Minimal standards of criminal proceedings in accordance with Part 3 of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – rights and guarantees of the accused

Part 3 of Article 6 of the ECHR guarantees some minimal standards to each person charged with a criminal offense that reflect cases of a special application in accordance with Part 2 of Article 6 of the ECHR, jointly with Part 1 of Article 6 of the Convention with its principle of a fair trial. It means that the verification of criminal proceedings is not isolated from the entire chain of ensuring the rights. In this context, it is necessary to consider other elements of a fair trial, and also the fairness of criminal proceedings in general. The violation of guarantee of a fair trial is not excluded when all different rights in accordance with Part 1 of Article 6 of the ECHR are taken into account.

### 1. Application in all stages of criminal proceedings

Stemming from the literal meaning of various norms, it is not possible to answer whether all procedural guarantees regulated by Article 6 of the ECHR are applied at all or only some stages of criminal proceedings. Part 1 of Article 6 of the ECHR deals with court hearings, where the issue on the nature of accusation is being solved. It means that this norm is applied only during making judgments. This is not related to the requirement about timely adoption of judgments. The calculation of the duration starts from the moment when the status of a person is limited by investigation measures undertaken against him/her.

Should the requirement of a fair trial be considered already in the first stage before starting the main part of court proceedings? It is impossible to find it unambiguously in the judicial practice of the European Commission for Human Rights and the European Court of Human Rights. Both have unequivocally noted that procedural and legal measures which are not linked to the decision on presentation of the accusation, e.g. do not favor the adoption of judgments by judges are not covered by Part 1 of Arti-

<sup>17</sup> The European Court of Human Rights, HRLJ 1992, 419, RdNr. 43 – Editions Periscope.

<sup>18</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 02.10.2003, footnote 32 – Henning, Series A, Vol 195-B, RdNr. 16 – Manzoni.

<sup>19</sup> See the European Court of Human Rights, judgments of 1987 (Series A Nr. 117, § 66 – Erkner and Hofauer) and 1991 (Series A Nr. 218, § 60 – Kemmache).

cle 6 of the ECHR. These decisions do not contradict the arguments saying that certain proceedings that favor the investigation and later, the adoption of judgments should be regarded in accordance with Part 1 of Article 6 of the ECHR even in the case when it happens before the presentation of the accusation or between this presentation and the trial. However, this case envisages a different approach that takes into consideration special tasks and objectives of different stages of trial.

In this case, it is necessary to consider various consequences in each concrete case and the special law of the High Contracting Parties. For instance, the rights reflected in Part 3a and b of Article 6 of the ECHR are important during the pre-trial proceedings while the same cannot be said about Parts 3c, d and e of Article 6 the ECHR.

## 2. Different rights and guarantees

All rights and guarantees reflected in Part 3 of Article 6 of the ECHR are based upon “the effectiveness of defense” and, in particular, on Part 3 of Article 6 of the ECHR, which is related to the right to examine or have witnesses against him/her examined and to obtain the attendance and examination of witnesses on his/her behalf under the same conditions as witnesses against him/her. In this case, the European Court of Human Rights has quite an extensive judicial practice<sup>20</sup>.

*a) Right of anyone who is charged with a criminal offence to be informed promptly, in a language which he/she understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him/her (Part 3a of Article 6 of the Convention)*

According to Part 3a of Article 6 of the Convention, everyone charged with a criminal offence has the right to be informed promptly, in a language which he/she understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him/her. This regulation is aimed at the soonest notification of the accused about the accusation presented against him/her. In this context, the volume of notification is measured depending on type and content of the accusation. Due to the fact that the person concerned is not able to prepare his/her defense, notifications should be maximally detailed and accurate<sup>21</sup>. As a minimum, the accused should be notified about the actions which he/she is being suspected of committing, including the norms which form the cause of such accusation. According to judicial practice, there is no necessity to notify about the existence of proof collected for this specific case<sup>22</sup>. The

accused should be always notified about changes in legal documents and the legal qualification.

According to the objective of this regulation, the accused should be notified in the language that he/she understands. If the notification has been elaborated in the language which is not native for the accused, then it is necessary to translate the indictment and the arrest warrant free of charge into the relevant language. Stemming from the core idea of this guarantee reflected in Part 3b of Article 6 of the Convention, it is insufficient when the indictment is being translated for the first time only during trial. In this case, a written translation is considered as late on the basis of the principle of equality.

*b) Right to have adequate time and facilities for the preparation of defense (Part 3b of Article 6 of the Convention)*

The question about whether the defendant had adequate time to prepare for the verbal trial should be defined depending on the circumstances of different cases. The start of necessary time differs depending on the volume and complexity of the nature of evidence and legal conditions, the stage of proceedings and the position of the defendant. The time elapsed before the presentation of the accusation does not envisage the abstract scale of assessment. Therefore, it is not possible to speak imperatively about the violation of Part 3b of Article 6 of the Convention stemming out only from the accusation. Other consequences of “a reasonable opportunity” envisage also the right of the accused to have unimpeded communication with the lawyer selected by him/her.

Following the communication with lawyer, it is expedient to provide an interpreter to the accused who speaks a foreign language if there is no effective communication between the accused and the lawyer from the point of view of defense. Based on the constant judicial practice and in accordance with Part 3b of Article 6 of the ECHR, first of all, the accused should take care about sufficient period of time and the opportunity to get prepared for defense. The European Commission for Human Rights considers that the accused who does not speak the respective language, should appoint a lawyer with a good knowledge of the language. On the other hand, he/she should also take care of calling his/her interpreter.<sup>23</sup>

In criminal proceedings, the function to defend is defined in Part 3b of Article 6 the ECHR by the duration of subpoena, the right to arrest proceedings and provide deadline for explanation. The person who does not speak the language can be the subject of legal and judicial deadline only in case if he/she understands the content of notification or others related to the deadline of preparation of

<sup>20</sup> See Grabenwarter (1997), *Procedural guarantees in administrative court proceedings*, p. 636 and next pages.

<sup>21</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 02.09.1959, 343/57, YbK 2 (1958/59); see also Peukert (1980), *Periodic Publications of the Court*, p. 247 and next pages, 263.

<sup>22</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 09.05.1977, 7628/76, DR 9, 169; see also Peukert (1980), *Periodic Publications of the Court*, p. 247 and next pages, 263.

<sup>23</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 29.05.1975, 6185/73, DR 2, 68.



such notifications. Therefore, such documents and notifications should be translated.

*c) Right to defend (Part 3c of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)*

In accordance with Part 3c of Article 6 of the Convention, minimal rights of the accused and subsequently, the important integral part of “a fair trial” envisage the right to defense. This norm has several features by guaranteeing the right for self-defense, a free choice of lawyer and the right to a free public lawyer on the basis of relevant pre-requisites.

At all times, the accused has a right to defend himself/herself if he/she does not have or does not need a lawyer. The decision whether he/she can defend himself/herself or needs a lawyer is the competence of the court. If the accused has chosen a lawyer or the latter was assigned to him/her, then the functioning of defense rights and participation in a trial are prerogatives of the lawyer. However, this should not be understood as something going against the interest of the accused. For instance, if he/she, not his/her lawyer, files a timely complaint, then, this complaint should be taken into account.

The accused can choose his/her lawyer of his/her choice only when he/she is able to pay for such services on his/her own. This does not mean at all any interference into his/her right of a free choice if the court declines the chosen lawyer, due to the latter's incorrect behavior, by obliging the accused to choose another lawyer. The right of choice remains in force in such case. The European Court of Human Rights examines whether the objective was to prevent the lawyer from defending the accused or prevent him/her from intimidating other potential lawyers or criticize and complicate the defense as such.

The possibility of choice provided for the accused whether to defend himself/herself or hire a lawyer is based upon the presumption fixed in the Convention saying that a person concerned should choose one of two ways on the basis of his/her free choice. This choice in favor or against some lawyer should depend on how the person concerned evaluates his/her chances for success or ability to defend. The important assistance for orientation is concrete accusations formulated in the accusation act. All these are mutually linked with the guarantee to defense in accordance with Part 3c of Article 6 of the Convention.

Part 3c of Article 6 of the Convention provides a right to defend himself/herself in person or through legal assistance, and particularly during pre-trial detention, the first questioning by the police following the temporary arrest<sup>24</sup>. If it is thought as necessary, some short-term limitations are possible. How this right is ensured depends on dif-

ferent circumstances of a concrete case. If the access to a lawyer is not ensured immediately, then the European Court of Human Rights examines the observance of the principle of “a fair trial”<sup>25</sup>. All these depend on certain limitations and also if later there is a fair balance struck between the problems.

*d) Right to question witnesses who testify in favor or against the accused (Part 3d of Article 6 of the Convention)*

According to Part 3d of Article 6 of the Convention, the accused has a right to question the witnesses that testify against him/her and solicit also in front of the court to call and question witnesses that give evidence in his/her favor under the same conditions as witnesses against him/her. While studying obligations of the court about calling witnesses and experts, we can ask this question in accordance with the judicial practice of the European Court of Human Rights: can non-calling and inadmissibility of some questions be substantiated by any legitimate reason? This decision should be perceived in correlation between reasons and its negative consequences against the accused<sup>26</sup>.

If we consider the case of witnesses called to the court, then, according to the European Court of Human Rights, at least one opportunity to put questions in the court would be sufficient for the entire period of a trial. Therefore, the accused cannot demand his/her presence during the questioning of witnesses by the police. However, once witnesses are questioned in a trial, this takes place in the presence of the accused himself/herself. It is also possible to question a concrete witness in a trial in the absence of the accused with a view that the attendance of the accused in this questioning can influence a witness. However, this right can be applied only in a limited format.

Right of the accused to call witnesses is limited. The European Court of Human Rights recognizes in its constant judicial practice the freedom of judicial discretion by alleging the violation of Part 3d of Article 6 of ECHR only in the case when the accused can prove that the court did not hear the witness that testified in his/her favor despite the fact that the court could foresee the importance of such evidence.

According to Part 3d of Article 6 of the ECHR, it is necessary to apply evidences by experts as proofs<sup>27</sup>.

*e) Summary: impact of public opinion on witnesses*

Apparently, public opinion can significantly influence witnesses that testify in favor or against the accused. If we

<sup>24</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 28.11.1991, Series A, Bd. 220, S. 16 Nr. 58 – S./Switzerland.

<sup>25</sup> The European Court of Human Rights, judgment of 08.02.1996, periodic publications of the Court 1996, 587 Nr. 62 f – *Murray v. UK*.

<sup>26</sup> For judicial practice, see Grabenwarter, aa O, S. 636 ff.

<sup>27</sup> In this context, the important judicial practice of The European Court of Human Rights dates back to 1969.

consider the evidences that can be brought by experts, this way of influence is rather limited.

If the public opinion is favorable to the accused, then it sometimes contains unpleasant statements about the victim and witnesses that testify against the accused are thought as untrue by the society. If the public opinion is not favorable to the accused, then there is some challenge from the point of view of stereotypes. Negotiated obligations and remarks between media and witnesses do nothing but strengthen the trend of giving evidences in the interest of a negotiating party. E.g. From the point of view of the accused that gives an interview to a journal as an imprisoned person in pre-trial detention, tends to reject all accusations of complicity presented against him/her by making it more difficult for accomplices. More doubts emerge in the case when witnesses "are bribed" by media and if the publication of their information or assessment take place before their questioning during a trial. If witnesses give statements in the press by providing interviews in front of camera before they testify in the court, these witnesses can eventually exacerbate the situation. This is explained by the fact that a witness who has already given some evidence, can find himself/herself in contradiction of interests in the court.

*f) Right for free translation services (Part 3e of Article 6 of the Convention)*

The guarantee defined in Part 3e of Article 6 of the ECHR is generally applied only to the understanding between the accused and the court by ensuring the right of the accused "to benefit from a free assistance of interpreter, if the accused does not understand the language used in the court or does not speak it." The meaning of this norm envisages the defense of the accused from any procedural difficulties that are exclusively linked to the difference between his/her native language and the language of trial.

The objective is to ensure procedural and legal equality in front of the law for all the accused that speak and do not speak the language of a trial. In this context, the citizenship has a secondary role. The fundamental factor is the lack of knowledge of relevant language. This question can be argued: can a person who does not speak the relevant language refer to the guarantee envisaged in Part 3e of Article 6 of the Convention and if this guarantee is also applied to deaf persons. However, it is incontestable that the principle of a fair trial is unthinkable without a clear interpretation.

Part 3e of Article 6 of the Convention does not give the right to the accused to have the trial conducted in the language wished by him/her (even in the case of the presence of several official languages), his/her native language or any other language of his/her choice<sup>28</sup>. The language of

trial is decisive because its use is the prerequisite for the legitimacy of court proceedings. However, all these factors cannot impede the accused to testify in his/her native language.

The right for the free use of interpreter's services is applied in all stages of the criminal case and court proceedings. This is related not only to the verbal part of trial, but also to specific documents. Often, the verbal translation of these documents is deemed as sufficient<sup>29</sup>.

If the accused speaks several languages, then there is no necessity to invite an interpreter if a trial takes place in one of the languages spoken by him/her. To speak about insufficient knowledge of the language, it means that the accused does not speak the required language to such extent that would allow him/her to listen and understand a trial, give some explanations about his/her prosecution and make clear statements. The interpreter should be invited in case if the accused sufficiently and truly understands the language of trial, but speaks poorly the said language. In each concrete case, it should be defined whether this prerequisite is settled or not.

The accused should be freed not temporarily, but completely from interpreter's expenses<sup>30</sup>. Part 3e of Article 6 of the Convention ensures free use of translation services for the accused. The reason for the full exemption of the accused from paying such fees is explained by the fact that the accused who does not speak the domestic language in case of his/her conviction may refuse the services of an interpreter in case he/she cannot afford to pay for the services. He/she can attempt to defend himself/herself by refusing to appeal the judgment due to high expenses. In this challenge, the European Court of Human Rights has revealed the fact of violation of the principle of a fair trial<sup>31</sup>.

## V. Conclusion

The right to a fair trial contains the expectation of a citizen to see a fair, proper and credible behaviour of judicial institutions. As the article shows, this guarantee contains many individual procedural rights by also encompassing the national obligations in the field of national judicial system. Thanks to the years' long case law of the European Court of Human Rights on Article 6, the minimum procedural standards should necessarily be taken into account by the High Contracting Parties while formulating this system and the procedural legislation. This is a serious issue as the European Court is no more reticent on the subject. This is a challenge for all Young Democracies, including Armenia, Azerbaijan, and Georgia.

<sup>29</sup> See The European Court of Human Rights, judgment of 24.02.2005, 18913/03 – *Husain v. Italy*.

<sup>30</sup> See The European Court of Human Rights, judgment of 21.02.1975, case of *Golder*, 1975, p. 91 and next pages.

<sup>31</sup> See The European Court of Human Rights, judgment of 28.11.1978, *Luedike and others*, periodic publications of the Court of 1979, p. 34.

<sup>28</sup> See Peukert, periodic publications of the Court of 1980, 247, 254 mwN.

## Issues Related to Free Legal Assistance in International Law and Practice of Foreign States

*The right to legal aid is an inalienable part of the law to ensure a fair trial as guaranteed by international law and defined in domestic law. However, not everyone has access to free legal assistance and not everyone always has the possibility to apply to a court and defend his/her rights in court proceedings.*

*In this regard, this article will analyze problems and practices of foreign countries in the field of international legal regulation of legal aid. It will review the current status of these problems as well as the issues related to the remuneration of lawyers and perfection of the system that enables such assistance.*

### I. Introduction

The right to a fair trial is one of the fundamental rights of a person guaranteed by international legal norms and domestic constitutions in many states. One of the most important aspects in accessing a fair trial is to receive qualified legal aid, which is guaranteed to all, including those that have no means to afford such assistance<sup>2</sup>. The development of such legal assistance and active participation of states in this issue have altered the contents of this right by forming the notion of free legal assistance. If the attention previously has been mainly directed towards legal aid in criminal procedures, with the evolution of this field of law the concept of free legal assistance has also entered into other categories of cases<sup>3</sup>. In the meantime, particular attention is paid not only to the representation of citizens' interests in court proceedings, but also to legal assistance in pre-trial and post-trial stages.

### II. Issues of free legal assistance in international law

As written by the famous American lawyer Forer, "right of people to access the courts cannot be imagined at the same level as the right to work, education, living, etc. because a fair trial is the foundation of a political system in any

country<sup>4</sup>." At international level, this principle is mentioned for the first time in Article 10 of Universal Declaration of UN on Human Rights, which says, "Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him." Besides that, in accordance with Article 8 of the said declaration, "Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law."

In accordance with Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, all persons shall be equal before the courts and tribunals; shall be tried in person; shall be able to defend himself/herself in person or through legal assistance of his/her own choosing; shall be informed of this right, if he/she does not have legal assistance; and shall have legal assistance assigned to him/her, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him/her in any such case if he/she does not have sufficient means to pay for it.

These international norms are given in a more detailed form in the Basic Principles on the Role of Lawyers approved at the 45<sup>th</sup> session of the UN General Assembly and adopted by the eighth UN Congress on the Prevention of Crime held in August 1990. The following provisions are given in the Basic Principles on the Role of Lawyers and the special safeguards in criminal justice matters:

- Governments shall ensure the provision of sufficient funding and other resources for legal services to the poor and, as necessary, to other disadvantaged persons.
- Professional associations of lawyers shall cooperate in the organization and provision of services, facilities and other resources.
- Governments and professional associations of lawyers shall promote programs to inform the public about their rights and duties under the law and the important role of lawyers in protecting their fundamental freedoms.
- Special attention should be given to assisting the poor and other disadvantaged persons so as to enable them to assert their rights and where necessary call upon the assistance of lawyers.
- Governments shall ensure that all persons are immediately informed by the competent authority of their right to be assisted by a lawyer of their own choice upon arrest or detention or when charged with a criminal offence.
- Any such persons who do not have a lawyer shall, in all cases in which the interests of justice so require, be entitled to have a lawyer of experience and competence commensurate with the nature of the offence assigned to them in order to provide effective

<sup>1</sup> Доктор философии юридических наук, доцент, преподаватель кафедры "Международное Публичное Право" Бакинского Государственного Университета.

<sup>2</sup> Предоставление бесплатной юридической помощи в Российской Федерации: законодательство и практика. Под общей редакцией Н.М.Кипниса и М.А.Краснова. М., Фонд ИНДЕМ. 2005, с.6.

<sup>3</sup> Международный опыт в сфере оказания бесплатной юридической помощи. М.: Институт «Право общественных интересов», 2008, р.3.

<sup>4</sup> Forer L. G. (1984), *Money and Justice*, New York; London, p.25.

tive legal assistance, and without payment by them if they lack sufficient means to pay for such services.

- Governments shall further ensure that all persons arrested or detained, with or without a criminal charge, shall have prompt access to a lawyer and in any case not later than forty-eight hours from the time of arrest or detention.
- All arrested, detained or imprisoned persons shall be provided with adequate opportunities, time and facilities to be visited by and to communicate and consult with a lawyer, without delay, interception or censorship and in full confidentiality. Such consultations may be within sight, but not within the hearing, of law enforcement officials<sup>5</sup>.

The right to legal aid is reviewed in the framework of the European Union as well. Particularly, in accordance with Article 47 of the Charter of the European Union on fundamental rights adopted in 2000 in Nice, each person has a right to use the assistance of a defense lawyer, and appoint his/her representative.

The issue related to free legal assistance to vulnerable groups of the population is more thoroughly reviewed in the recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe № R (93) 1 dated 8 January 1993 about "the Effective Access to the Law and Fair trial for the poorest parts of the population." This document recommends to all states to develop legal consultancy services for the vulnerable strata of the population in defending their rights.

Subsequently, the same principle was reflected in Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In accordance with Article 6, in the determination of a person's civil rights and obligations or of any criminal charge against that person, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Everyone charged with a criminal offence has the right to defend himself/herself in person or through legal assistance of his/her own choosing or, if he/she does not have sufficient means to pay for legal assistance, shall be given free legal assistance when the interests of justice so require.

As seen from the text of this Article, while appointing a lawyer to provide free legal assistance to the accused party, the judge should take into account two factors: a) if an individual has no sufficient funds to pay for the services of a defense lawyer; b) if such services are necessary in the interests of justice. In the determination of court interests, all consequences of an incident are taken into consideration. In this case, the main criteria should be the degree of a crime's gravity and punishment, the complexity of a criminal case and the personality of the offender<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Международное публичное право. Сборник документов. Под ред. К.А. Бекяшева, А.Г. Ходакова. М. «БЕК», 1996, р.126-129.

<sup>6</sup> Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / Под общ. ред. В. А. Туманова и Л. М. Энтина. Москва Изд-во НОРМА, 2002, р.94.

The European Court has declared repeatedly that it is not sufficient for the fulfillment of the Convention's Article 6 to have appointed a lawyer only, since this Article talks not about the formal appointment, but an effective right for the defense. Besides that, the European Court in several of its judgments has defined the stages of criminal procedure when the standards of Article 6 of the Convention should apply. According to the Court, the Article is applied the moment criminal charges are brought and covers not only the stages of preliminary investigation, but also public hearings in a court of first instance and the stages of re-trial of the same case. In this regard, one should take into account the general number of hearings, legal and practical functions of the court that re-examine the case as well as competencies and methods which ensure representation and defense of interests of both sides<sup>7</sup>.

Besides that, the European Court in its judgment on *Airey v. Ireland* adopted on 9 October 1979 noted that Paragraph 1 of Article 6 in some cases can oblige a state to provide a lawyer's assistance when it is necessary to ensure the actual access to a fair trial due either to the reason that the legal representation for some categories is obligatory in accordance with the internal legislation of some member states or due to complexity of the procedure.

Taking into account the activities in extending legal aid by various legal institutions and the lack of internal resources of such institutions to meet increasing demands for a free legal assistance, the states that have assumed international legal obligations to finance and organize programs for free legal aid are undertaking some measures. In particular, the right to legal aid and the forms of its realization have gradually started to evolve in Europe and other regions of the world in the twentieth century.

In order to ensure qualified legal assistance on equal basis for all those that need it urgently, many states, which undertook international legal obligations to pay for such services, either set low rates to be paid for legal assistance or create formally independent and, in fact, specialized systems of subsidized legal assistance linked closely to the government<sup>8</sup>.

### III. Legal aid issues in the practice of foreign states

It is pragmatic to review the systems of free legal assistance in the legislations of the United States, France, Germany, the United Kingdom, Finland, Greece, the Netherlands, Turkey, Israel, the Republic of South Africa (RSA), and the post-Soviet countries such as Russia, Moldova and Georgia.

<sup>7</sup> *Monnell and Morris v. U.K.*, Series A, № 115, 02.03.1987, р.56.

<sup>8</sup> Европейский форум по доступу к правосудию. Часть пятая. Будапешт, 2002. р. 458.

## 1. USA

In the United States, the institution of free legal assistance is formed on the basis of the case law and practice. The fact that almost 80% of persons in the US that are accused of committing a grave crime are not able to afford a lawyer by their own means must be taken into account. Therefore, this country has three types of free defense services: (1) appointed defenders; (2) contract attorney; (3) public defender<sup>9</sup>.

Programs of appointed lawyers are often created in municipal institutions that are not big enough to have a separate entity of public defenders. In this case, local bodies elaborate the list of private lawyers that stand ready to ensure the defense of rights for the vulnerable strata of the population. The selection of a lawyer in a particular case is done by the court either on the basis of one time appointment or the selection of a lawyer by the judge from the relevant list. The payment of lawyer's services is done via the court from the federal budget or the budget of the state.

The programs of contract attorneys ensure the participation of a private lawyer in the process who concludes the contract with local authorities on the payment of awards deriving from the amount agreed in advance. If the number of indigent clients exceeds the number mentioned in the contract, the parties to this contract can conclude a new contract or make changes to the existing one. It should be mentioned that the US Bar Association has elaborated the recommendations for the conclusion of such contracts to ensure the high level of representation and the full observance of rights and obligations of the parties<sup>10</sup>.

The institution of public defenders ensures legal assistance to the majority of vulnerable people accused in criminal cases. Such entities are created by local authorities (that differ from state to state), e.g., the city council, municipality, mayor's office, etc. It supervises the activities of such offices, but do not interfere in its daily work. In some jurisdictions, the office of public defenders is a part of local authorities and lawyers of this office are formally considered as civil servants<sup>11</sup>.

In some large cities (for example, New York), the organizations for free legal assistance that enjoy the status of private non-commercial corporations are created on the basis of a contract concluded with city authorities. Such corporations are financed also from the budget of the state and/or the municipality; they can also receive charity funds. In spite of the public financing, such institutions and corporations do not depend on authorities. One such institution of public defenders can have from 1 to 100 lawyers.

In the majority of such organizations, lawyers are not authorized to do other jobs so that they can dedicate all their time to defend the people with low incomes.

In addition to all the abovementioned, it should be noted that there are federally funded programs and institutions that provide legal assistance to low income families in USA. These organizations and programs have emerged in the '60s as a part of the policy of the Government aimed at poverty reduction.

Starting from 1970, a new form of advocacy has started to evolve in the US – the *pro bono publico* law firms. Such firms lead the cases of individual clients and file action against the state and the corporations linked to the environmental protection and public health (for instance, in relation to the companies that pollute environment or build nuclear power plants). They deal with the defense of the interests of large groups of people (consumers, politicians, electorate, tax payers, etc.). Besides that, sometimes large law firms voluntarily assume the obligation of free defense of rights of the poor<sup>12</sup>.

## 2. Germany

Germany has a system of free legal assistance to the vulnerable strata of the population, which is one of the important elements of a fair trial. According to this system, legal assistance can be free of charge only for a client. In this case, the award of a lawyer for his/her legal services is paid by the State, e.g., at the expense of funds from the treasury of relevant *Lander*. The amount of awards to be paid in civil cases is 30% while the same figure in criminal cases is 25% out of the minimal amount determined in accordance with the federal norms. In the last case, the amount of award can be increased depending on the volume of a criminal case.

According to the German legislation, there are two important requirements that have to be met in order to extend free legal assistance. First: the participation of a lawyer in a specific case is mandatory. The list of cases when the participation of a lawyer in the hearing is compulsory has been defined by the German civil and criminal procedures legislation. Second: it is important to establish the fact that a person is indeed not able to pay the legal assistance. According to the German legislation, the issue regarding the fulfillment of these two requirements which are necessary to extend free legal assistance in a specific case must be solved by the relevant court. As a rule, the issue of free legal assistance is settled by the court before the start of public hearing.

In Germany, this work is done by the Legal Assistance Centers which involve legal specialists and lawyers on the basis of procedural and special legislation. Legal assistance to physical persons with low income in civil, criminal

<sup>9</sup> Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации. Серия «Высшее образование» Ростов на Дону, «Феникс», 2004, р. 208.

<sup>10</sup> Практикум по адвокатуре. Ред. И.Алиев. Баку, "GiSO industry", 2008, р. 624-625.

<sup>11</sup> Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации. Серия «Высшее образование» Ростов на Дону, «Феникс», 2004, р. 208-209.

<sup>12</sup> Практикум по адвокатуре. Ред. И.Алиев. Баку, "GiSO industry", 2008, р. 626-627.

and administrative cases, labor litigations and issues of social insurance envisages written and verbal counseling, drafting of complaints, applications and other documents of legal nature as well as representation of legal interests of citizens in municipalities and other bodies of executive power. (Note: free legal assistance for tax issues is not extended). Legal assistance is provided by the request of a person who submitted the declaration on his/her income and properties that proves his/her vulnerability status.

### 3. France

The institution of extending free legal assistance is quite widely known in France. French lawyers spend a lot of time to provide free legal assistance to the population. For instance, each year almost 27 thousand people use free legal assistance in Paris. At the same time, the situation related to free legal assistance is characterized by the fact that over 35 thousand lawyers have staged a national strike in France on 12 December 2001. The main demand of lawyers on strike was to increase subsidies for legal defense of citizens with low income. The main argument used by the French lawyers was the fact that Great Britain allocates ten times more subsidies for legal assistance to the poor. This results in a narrowed access to free legal assistance<sup>13</sup>.

Until the reforms of 1972, the most serious shortcoming of this institution in France was the lack of proportion between the financial status of client and the form of free legal assistance. Following these reforms, the form of legal assistance is defined depending on the financial status of a client who is partially exempted from the payment of judicial fees. This has helped to differentiate clients that are so poor to pay even a part of judicial fees from the clients that are not so wealthy with the ability to pay for all procedural fees to get legal assistance.

### 4. Great Britain

In Great Britain, the Legal Assistance Services is established for low income persons in 1945. The system of legal aid was created in 1950. Up to that moment, free legal assistance was provided by on-duty private lawyers (solicitors). Their work was paid for by the government from special funds. In 1972, England has formed three systems of legal assistance: 1) free counseling and support; 2) representation in civil cases; and 3) defense in criminal procedure<sup>14</sup>.

Up to 1987, the system of free legal assistance was managed by the Law Society (the Society of Qualified Legal Specialists), then it was the Council of Legal Assistance, and starting from the year of 2000, it is administered

by the Legal Services Commission acting independently from the Government. The legal assistance is provided mainly by private lawyers (The Civil Cases Services and the Defense Services in Criminal Cases). The dominant position of lawyers working on private basis is the main peculiarity of the British system.

### 5. Finland

In Finland, this service is provided by the special Bureau of Legal Assistance which is regulated by a separate law. These activities are dealt by legal specialists and lawyers. Legal assistance is provided in the form of verbal legal consultations in various fields of law, but also in the form of representation in courts and different public institutions. Free legal assistance can be used by low income persons and, in some cases, legal persons that have submitted their income declarations. The annual amount of income of citizens is determined by the decision of the Council.

### 6. Greece

The responsibility of extending legal assistance in Greece is assumed by the Bar Association, acting on the basis of a special legislation. In this case, besides the lawyers, the legal assistance is provided also by the public prosecutors. Their work in the field of legal assistance envisages prosecutor's counseling of persons convicted in criminal cases as well as stakeholders with low income. Legal assistance is extended in criminal, civil and some commercial cases. Such legal assistance to persons whose annual income is lower than 2/3 of the amount of annual per capita income, as defined by the General Collective Labor Agreement, is effectuated on the basis of requests of those persons by filing an application to the territorial bureaus of lawyers.

### 7. The Netherlands

Started in the middle of the '50s of the last century and gained its apex in 1970, the creation of an optimal system of social services in the Netherlands has led to the formation of so-called "social advocacy" which consists of 90 centers of legal aid (that exist since 1948), over 50 voluntary "legal shops" (that exist since 1969), and 20 legal assistance bureaus (existing since 1974)<sup>15</sup>. The Dutch model of legal assistance represents a mixed system that encompasses the model of extending aid by private lawyers and the model that envisages aid from lawyers of bureaus for legal aid<sup>16</sup>. In this country, the responsibility to

<sup>13</sup> Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / Под общ. ред. канд. юр. наук В.Н. Бурбина. – Изд. 2-е, перераб. и допол. – М.: «ИКФ «ЭКМОС», 2003, р. 229-230.

<sup>14</sup> Апарова Т.В. Организация и функции адвокатуры в зарубежных странах. Правовая помощь малоимущим //Отв. ред. Решетников Ф.М. М., 1991, р. 56-58.

<sup>15</sup> Голландская правовая культура /Отв. ред. В.В. Бойцова и Л.В. Бойцова. М.: «Легат», 1998, р. 115-117.

<sup>16</sup> Питер Ван ден Биггелаар. Система юридической помощи в Нидерландах//Доступ к правосудию. Проблемы бесплатной юридической помощи в странах Центральной и Восточной Европы. Инициатива «Право общественных интересов», Будапештский правовой центр Колумбийского университета. 2002, р. 503-505.

extend free legal aid is assumed by the Legal Aid Council and the Legal Aid Bureau. The persons that desire to work in these bureaus should meet certain requirements: to participate in certain number of cases; to complete training courses; and to acquire a special qualification to take part as lawyers on duty. Legal specialists and lawyers give verbal legal counseling in all fields of law and can represent various parties in courts and different public agencies. As in Finland, this country extends legal services to persons with low incomes, and in some cases, to the deserving persons on the basis of a certificate which defines persons that need such assistance, signed by the Chairman of Municipality of relevant region of residence. It also has data about their income and property status. This certificate should be submitted to the legal aid bureau by the person who needs such assistance. The Law on Legal Aid envisages various types of legal aid. Free thirty minute long counseling, for any citizen about legal issues of any nature, is provided by staff lawyers of legal aid centers and consultations. Citizens can also have longer consultations (over thirty minutes, but not longer than three hours) in case when a legal issue cannot be solved in a relatively short period of time. In this case, the client should make a payment and submit information about his/her income while the Council checks this data. There is also a procedure of certificates that is used for long term legal aid (three hours and more) which is extended by lawyers from the Centers or private lawyers that are paid by the Council.

### 8. Turkey

The structures that are responsible for legal assistance in Turkey are the Ministry of Justice, the Bar Association and the Regional Office of Lawyers, while legal assistance is extended by lawyers, legal specialists and intern-lawyers. Legal assistance is provided during court hearing of civil and criminal cases and the representation in the court. It is extended on the basis of an application signed by the Chairman of Municipality, which certifies the low income of a relevant person. This application reflects data about the amount of taxes paid by the applicant to the state budget, his/her marital status, properties, etc. Legal assistance is provided in accordance with relevant instructions of the Bar Association of Turkey, including criminal and civil legislation.

### 9. Israel

The system of legal assistance in Israel is functioning since 1972 stemming from the Law on Extending Legal Assistance for Civil Cases. In accordance with the Law on Public Defenders, the Bureaus of Public Defenders, acting as a structural division of the Ministry of Justice and the Council of Public Defenders, composed of five members

were created in 1995<sup>17</sup>. Israel has the mixed model of free legal assistance, which means that the legal assistance is extended by both public defenders acting as civil servants as well as private lawyers working on the basis of contracts with the Bureau of Public Defenders that ensure the legal defense of people with low level of incomes.

### 10. RSA

Known as one of the developed countries on the African continent, the South African Republic is also one of the first countries where the public lawyers' bureau was established for the first time (Johannesburg, 1937). Later in 1996, independent from the state, the body called the Legal Assistance Council was created here in accordance with the Law on Legal Assistance. The main task of this Council is to ensure legal assistance to people with low incomes. The system of legal assistance in the RSA uses the following models: public defenders (lawyers and intern-lawyers) who receive a well fixed salary; private lawyers who are appointed on the basis of relevant lists and receive a well fixed salary; a preliminary legal assistance extended by employees by legal assistance services in courts; law clinics; fair trial centers, including private legal firms acting on the basis of contracts with legal consultants; and offices of legal assistance<sup>18</sup>. The African experience shows that expenses covered for public defenders are 40% lower than the funds allocated for private lawyers.

### 11. Russia

Russia has a slightly different system of legal assistance, which is regulated by a special legislation. The issues related to legal assistance in this country are dealt by the central and local executive power authorities and its branches, public legal bureaus, managing bodies of non-budgetary state funds, etc. Legal assistance is extended by lawyers and persons that have higher law education. Legal assistance provided by these persons envisages written and verbal consultations, representation of legal interests of citizens in courts, municipalities and other agencies of executive power. Legal assistance in this country is extended to citizens whose incomes are lower than the minimal per capita living standard, I and II grade of disability, veterans of the Great Patriotic War, national heroes and heroes of the Soviet Union, disabled children and orphans, elderly people, minors living in correctional facilities, and other persons on the basis of their application.

<sup>17</sup> Моше Хакохем. Создание в Израиле правовой системы предоставления юридической помощи, основанной на принципе соблюдения прав человека // Правовые инициативы. 2004, р. 59.

<sup>18</sup> Дэвид Маккуойд-Мэйсон. Совет по юридической помощи и услуги по оказанию юридической помощи в Южной Африке. // Доступ к правосудию. Проблемы бесплатной юридической помощи в странах Центральной и Восточной Европы. Инициатива «Право общественных интересов», Будапештский правовой центр Колумбийского университета. 2002, р. 517-518.

## 12. Moldova

In Moldova, legal assistance is regulated by the procedural and special legislation. This type of legal activities is controlled by lawyers, public lawyers and legal specialists via the Ministry of Justice, the Bar Association and the National Council for Legal Assistance and its territorial bureaus. The legal assistance envisages the offer of written and verbal consultations in criminal, civil, administrative cases and other fields of law, drafting of complaints, applications and other documents of legal nature, representation of legal interests of citizens in courts, municipalities and other agencies of executive power. Such legal assistance can be used on the basis of an application or a verbal solicitation in accordance with the declaration about income and properties of such person (in this case, incomes of this person for last 6 months are taken into consideration).

## 13. Georgia

Georgia has the Ministry of Corrections and Legal Assistance and the Legal Aid Bureau that are responsible in extending legal assistance. These activities are regulated by a separate law. Legal assistance is extended by legal specialists and lawyers. The legal assistance in this country has the following forms: elaboration of documents of legal nature; defense of rights of physical persons accused of a crime or convicted for crimes; defense of persons that are victims of crimes; representation of persons in civil and administrative cases in courts. Legal assistance is extended also to vulnerable strata of the population. To define a person that cannot afford legal assistance, the Legal Aid Bureau sends a solicitation to the relevant agency of executive power.

## IV. Conclusion

The practice of extending subsidized legal assistance in the cases of countries given above demonstrates that the efficiency of legal assistance is ensured when the functions of organizing, controlling and coordinating such assistance are concentrated within the same independent body. The most known mechanisms of arranging legal assistance are commissions, bureaus, legal councils and centers that fulfill the common administrative (managing) functions concerning free legal assistance. As a rule, these structures are considered as public agencies and function under the Ministries of Justice.



Narine Aleksanyan<sup>1</sup>

## Right to a Fair Trial in the Case Law of the Constitutional Court of Armenia

### I. Introduction

*The right to a fair trial is one of the fundamental rights which must be effectively enjoyable for everyone. It is recognized and guaranteed in both constitutional law and international human rights law. This right is aimed to protect a person from unlawful and arbitrary imprisonment or deprivation of other basic rights and freedoms, and to assure the effective restoration of violated rights and freedoms. The assessment of a trial in terms of fairness depends on meeting many requirements and standards. The right to a fair trial involves numerous aspects which concern the pre-trial rights, rights during court hearings and post-trial rights. This article discusses the legal opinions of the Constitutional Court of the Republic of Armenia on the fundamental right to a fair trial, its rationale and components.*

### II. The constitutional understanding of the notion of the right to a fair trial and its components

The right to a fair trial of a person is constitutionally stipulated in Article 19 of the Constitution of Republic of Armenia (henceforth RA), which states: "Everyone shall have a right to restore his/her violated rights, and to reveal the grounds of the charge against him/her in a fair public hearing under the equal protection of the law and fulfill all the demands of justice by an independent and impartial court within a reasonable time."

The legal significance of Article 19 of the Constitution of RA may be properly understood by analyzing its systematic interconnection with other constitutional clauses. Article 19 is especially connected closely with Article 18 of the Constitution of RA<sup>2</sup>, which is proven also by the fact

that the RA's Constitutional Court often refers to those two Articles as one legal phenomenon. It particularly concerns the right of access to court as a component of the right to a fair trial, the constitutional stipulation of which is observed simultaneously in Articles 18 and 19. However, the constitutional regulation in Article 19 is the essence of the right to a fair trial. Firstly, it stipulates the scope of the enforcement of that right, and secondly, it sets forth the common guarantees for its implementation<sup>3</sup>.

The implementation scope of the right to a fair trial is composed of two aspects: restoration of violated rights and finding out whether a criminal charge against a person is substantiated. These notions have autonomous constitutional significance, and the revealing of their contents should be based rather on the criteria established in international human rights law than on the domestic legislation<sup>4</sup>.

### III. The legal positions of the Constitutional Court on the understanding of the right to a fair trial

The constitutional meaning of the right to a fair trial is revealed by the Constitutional Court in its decisions. Even though the Constitutional Court of the RA is not entitled to direct interpretation of constitutional clauses based on *a priori* constitutional judicial review, the Court construed the contents of the mentioned article in its numerous decisions on the constitutionality of legislative acts. In particular, it refers to the essence of the right to a fair trial in DCC-701 dated 24 July 2007, DCC-765 dated 8 October 2008, DCC-780 dated 25 November 2008, DCC-787 dated 3 February 2009, DCC-832 dated 22 September 2009, DCC-845 dated 8 December 2009, DCC-851 dated 14 January 2010, DCC-896 dated 15 June 2010, DCC-918 dated 28 September 2010, DCC-936 dated 8 February 2011, DCC-942 dated 22 February 2011, DCC-1004 dated 6 December 2011, DCC-1007 dated 22 December 2011, DCC-1022 dated 18 April 2012, etc.

The study of the abovementioned decisions shows that the Constitutional Court touches upon the components of the right to a fair trial by interpreting the constitutional clause and detailing the meaning of the notions involved. In particular, in its decision DCC-710, the Constitutional Court observed that "Article 19 of the Constitution re-

<sup>1</sup> Chief Specialist of the RA's Constitutional Court, Ph.D., in Law.

<sup>2</sup> Article 18 of the Constitution of RA states: "Everyone shall be entitled to effective legal remedies to protect his/her rights and freedoms before judicial as well as other public bodies. Everyone shall have the right to protect his/her rights and freedoms by any means not prohibited by the law. Everyone shall be entitled to receive the support of the Human Rights' Defender for the protection of his/her rights and freedoms on the grounds and in conformity with the procedure prescribed by the law. Everyone shall, in conformity with the international treaties of the Republic of Armenia, be entitled to apply to international institutions protecting human rights and freedoms with a request to protect his/her rights and freedoms."

<sup>3</sup> Harutyunyan G. and Vagharshyan A. (eds) (2010), *Commentaries to the Constitution of the Republic of Armenia*, "Iravunk" publishing house, p.222. <http://concourt.am/armenian/library/cclibrary/2010/sahmanadrakan2010.pdf>.

<sup>4</sup> Harutyunyan G. and Vagharshyan A. (eds) (2010), *Commentaries to the Constitution of the Republic of Armenia*, "Iravunk" publishing house, p.223. <http://concourt.am/armenian/library/cclibrary/2010/sahmanadrakan2010.pdf>.

quires, *inter alia*, the administration of a trial on the basis of equality of arms and by an impartial court. When a trial court remits a case for additional preliminary investigation, it goes beyond the boundaries of its impartial role and directs the course of the preliminary investigation, thus implementing a function not compatible with that of administration of justice. The trial court also violates equality of arms in favor of the prosecution, thus violating the parties' rights to effective legal remedy and judicial protection. The Court also runs the risk of infringing other elements of the right to a fair trial, namely the requirement of a trial within a reasonable time."<sup>5</sup>

The Constitutional Court in DCC-765 states that "the Court, considering the absence of the difference between accredited advocates in a Cassation Court and the rest of the advocates from the prospective of their professionalism and experience, the fact that the right of the person to free legal aid is not legislatively guaranteed while applying to the Cassation Court, the rejection by the Cassation Court a great number of cassation appeals prepared even by accredited advocates, and the high number of accredited advocates and their freedom to reject the preparation of cassation appeal based on the commercial nature of their activity, finds, that the fair balance between the requirement to submit the cassation appeal to the Cassation Court only through the accredited advocate and the aim pursued, that is, to provide the preparation of cassation appeals in high quality, is broken to the extent that the essence of the access to the Cassation Court has been destructed<sup>6</sup>."

In another decision (DCC-780), the Constitutional Court states that, from the synthesized analysis of these constitutional provisions (Article 18 and 19 of the Constitution of the RA), although the issue of the formulation of the an Appeal Court within the administrative justice is left to the discretion of the legislature, however, the legislature, while exercising its discretion, should be guided by the necessity of protection of human and civil rights and freedoms stipulated in the Constitution of the RA and the international instruments ratified by the Republic of Armenia; in the present case, by the necessity of the effective exercise of the right to judicial protection and one of its components – right to appeal<sup>7</sup>.

In Point 8 of DCC-787, the Constitutional Court considers that in case of submission of a separate requirement proceeding from derivative legal relations, i.e., aimed at liquidation of legal consequences of the main legal relations to the court for the restoration of the violat-

ed rights, the Court is practically deprived of the capacity to render a fair decision concerning the present case. The right of a person to a fair trial is violated when the court is unable to render a fair decision due to the inability to carry out objective and comprehensive examination of the case circumstances by addressing fundamental legal relations. The court is prevented from achieving its aims due to the current legal regulation as the cases arising out of the legal relations fall under the jurisdiction of a different court. The Constitutional Court considers such legal regulation as a ground for violation of the right to trial within a reasonable time as prescribed by Articles 18 and 19 of the Constitution of RA and as an ineffective judicial remedy<sup>8</sup>.

The Constitutional Court in its decision DCC-832 (Point 9) addressed the trial at the Cassation Court and stipulated the conditions and requirements, the simultaneous existence of which may guarantee the right to a fair trial and the right to effective judicial remedy in a cassation trial. They are as follows:

- a) The Cassation Court does not consider any factual circumstance, but addresses only the questions of law in accordance with its constitutional legal status.
- b) The factual circumstances approved by a lower court may provide the Cassation Court with the opportunity to render a judgment different from the one rendered by the lower court.
- c) The revision of the judgement of a lower court should be derived from the interests of effective justice.
- d) Such judgement may only be based on the violation of substantive and procedural provisions or their misimplementation<sup>9</sup>.

The Court in the decision DCC-845 also touched upon the principles of evidence submission and stated that permissibility and admissibility of evidence are aimed to provide the exercise of the right to a fair trial, as well as the right to a trial within a reasonable time which is a component of the former. "In all cases when the Court is based on judicial persuasion and finds that the evidences submitted by the parties are not necessary for clarifying the facts of essential significance aimed at the resolution of the case or they are aimed at the proof of irrelevant facts, or the presented pieces of evidence are not stipulated by law for the instant case consideration, the Court has the opportunity to leave them out of the scope of the subject matter of proof in accordance with the impugned phrase of Part 2 of Article 48 of the Code."<sup>10</sup> The abovementioned power of the Court is justified and derived from the essence of

<sup>5</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-701 dated 24 July, 2007, [http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english\\_codices/710.htm](http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english_codices/710.htm)

<sup>6</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-765 dated 8 October 2008, [http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english\\_codices/765.htm](http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english_codices/765.htm)

<sup>7</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-780 dated 25 November 2008, [http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english\\_codices/780.htm](http://concourt.am/english/decisions/common/doc/english_codices/780.htm)

<sup>8</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-787 dated 3 February 2009, Point 8, <http://concourt.am/english/decisions/common/pdf/787.pdf>

<sup>9</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-832 dated 22 September 2009, Point 9, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2009/pdf/sdv-832.pdf>

<sup>10</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-845 dated 8 December 2009, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2009/pdf/sdv-845.pdf>

the right to a fair trial and its component, the right to a trial within a reasonable time.

In decision DCC-851, the Court agreed upon the fact that it is within the legislative discretion to criminalize a particular behavior. However, if the legislature defines a certain behavior as a crime in the Criminal Code, then the legislative prohibition should apply to the all possible subjects who may practically commit that crime. Otherwise, the state will differently treat the persons in a comparably same situation for committing the same crime and will violate the constitutional principle of equality before law. The Constitutional Court also finds that ill-founded limitation of the scope of legal subjects of the crime excludes the criminal responsibility of certain persons who committed that crime, does not assure the protection of the constitutionally protected values and prevention of crimes. On the other hand, the constitutionally prescribed (Article 19 of the Constitution of the RA) principles of the right to a fair trial, namely the equality of arms and principle of adversarial proceedings are violated, because the right to equal opportunities for the parties to participate in a trial is not guaranteed. The matter of concern here is not the unjustified and unconstitutional nature of the crime concerning the contempt of court or violation of court rules, but the non-consideration of the same behavior by other party as such<sup>11</sup>.

In the Decisions DCC-690 and DCC-896, the Court expressed the legal positions, according to which the legislation should explicitly exclude the existence of an ill-founded judgment, because it is not in compliance with the fundamental principles of rule of law, may fail to ensure the effective judicial protection and the right to a fair trial, or effective restoration of the violated rights<sup>12</sup>.

In DCC-918, the Court states that the impugned clause of the Judicial Code (Part 4, Article 90), which concerns the institution of submission of motion for self-recusal of a judge, has the aim to guarantee the right to a fair trial by an independent court in the cases when a party has a reasonable suspicion on the impartiality of the trial judge. The regulation is justified as it provides the possibility to appeal the decision on the motion of self-recusal of the judge<sup>13</sup>.

The Court interprets the contents of the constitutional clause on fair trial and states:

“...the RA’s Constitution guarantees:

- The right to protect the rights and freedoms of individuals and legal entities before a court;
- The right to effective judicial remedies;

- The right to equality of arms in accordance with all requirements of fairness;
- The right to restore the violated rights by an independent and impartial court within a reasonable time through a public hearing.

Simultaneously, the right to judicial review by a higher court, i.e., judicial appeal is a constitutionally prescribed special concept that guarantees the judicial (effective) protection of the violated rights and freedoms (Article 20, Part 3 of the Constitution of RA). During the exercise of the right to judicial protection and the administration of a fair trial, the judicial appeal is the state’s primary duty, that is, the fulfillment of judicial objectives through certain procedures, including the correction of possible judicial errors.

7. Touching upon the issue of examination of the constitutionality of the impugned legal provision of the current case, namely Article 141, Part 1 of the RA’s Administrative Procedure Code, the Constitutional Court states that, according to the subject of legal regulation, it is called to regulate the relations connected with appealing of the judgments rendered by the Administrative Court in the cases challenging the validity of the normative legal acts in special administrative proceedings. Insofar as connected with the grounds for the judicial appeal, according to which judgments rendered in such cases may be appealed only on the grounds of alleged violation of substantive law. Thus, for the abovementioned cases the legislature has excluded the possibility of appealing the judgments of the Administrative Court and challenging their validity based on violation of procedural provisions according to the procedure prescribed by law, and did not allow persons to enjoy full and effective implementation of their constitutional right to judicial protection while challenging the normative acts of state and local self government bodies and their public officials. “Reconfirming its legal positions expressed in the abovementioned decisions, the conclusions resulting from the generalization of international legal practice, the Constitutional Court finds that the provision of Article 141, Part 1 of the RA’s Administrative Procedure Code, which entirely excludes the possibility of appealing the judgments of the Administrative Court on the basis of violation of a procedural provision, is not in conformity with the constitutional and international legal criteria for the effectiveness of justice, the judicial protection of violated rights and freedoms of a person, as well as the implementation of the right to judicial appeal. It is neither in conformity with the general conceptual approaches to judicial appeal, which was legislatively brought in the RA’s legal system.<sup>14</sup>”

In Decision DCC-942 made on 22 February 2011, the Court refers to the following aspect of the right to a fair trial: “Article 114 of the RA’s Administrative Procedure Code

<sup>11</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-851 dated 14 January 2010, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-851.pdf>

<sup>12</sup> Decision of the Constitutional Court DCC – 690 dated 9 April 2007 and DCC-896 dated 15 June 2010, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2007/index.htm>, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-896.pdf>

<sup>13</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-918 dated 28 September 2010, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-918.pdf>

<sup>14</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-936 dated 8 February 2011, Points 5 and 7, <http://concourt.am/english/decisions/common/pdf/936.pdf>

states that it is called, in particular, to ensure the implementation of Articles 65-68 of the Code guaranteeing the administration of justice regarding the lawsuits brought within the frames of the mentioned articles. In particular, Article 114, Part 1, Point 5 of the Code is systematically interconnected with Article 68, Part 3 of the Code and is called to ensure the implementation of an applicant's right to declare the interfering legal act or the action as unlawful, which has no legal force anymore. Meanwhile, as opposed to Article 68, Part 3 of the Code, which stipulates the possibility to challenge, along with the administrative act, the actions (also inaction within the abovementioned legal approaches) of the administrative body, in violation of the logic of the Code, in particular, the legal regulation of Articles 1, 3, and 70, thus Article 114 of the Code grants the Administrative Court with the corresponding power regarding the administrative act only. As a result, considering that Article 114, Part 1 of the Code concerns the powers of the Administrative Court, and that according to the requirements of Article 5, Part 2 of the Constitution of RA the Administrative Court may act only within the powers, clearly stipulated by the Constitution and the Law, the Constitutional Court finds that the mentioned provision blocks the possibility of implementation of Article 68, Part 3 of the Code, in regard to challenging the action and inaction of the administrative body, thus causing violation of the constitutional principle of access to court, constitutional rights to effective judicial protection and fair trial, as well as precluding the function of the state to administer justice."<sup>15</sup>

In its Decision DCC-1022, the Court, reaffirming its previous legal standpoint taken in Decision DCC-873, finds that at the stage of considering the admissibility of a claim, the finding on violation of substantive law is not a matter of admissibility criteria by its nature. The affirmation or rejection of that fact may be done during the trial on the merits in accordance with the maintenance of the all requirements of the justice and protection of the parties' rights. Otherwise, the right to a fair trial will be meaningless. Hence, the impugned provision (Point 4, Part 1, Article 79 of the Administrative Procedural Code of the RA) may not be understood and interpreted as an obligation of the Administrative Court to check the existence of the violation of substantive law. Because, in that case the solution of the case admissibility would depend on the question which should be solved during the trial on the merits and the access to the administrative court would be restricted, making the judicial remedy ineffective. In this stage, the Court's task is not to approve the existence of the violation of the substantive law, but to check whether the concerned person is the holder of the presumed violated right. The Court is obliged to address the question of the existence or the ab-

sence of violation of the substantive law within the trial on the merits. Otherwise, the rejection of justice would cause the violation of the right to a fair trial and judicial remedy stipulated by Articles 18 and 19 of the Constitution of RA<sup>16</sup>.

It is typical for the researched decisions that the Constitutional Court made many references to the relevant case law of the European Court of Human rights concerning Article 6 of the Convention. The Court's legal positions on the right to a fair trial are in the same line with the ECHR case law, which derives also from the international obligations assumed by the RA within the membership of the Council of Europe.

#### IV. Conclusion

Summing up the case law of the Constitutional Court on the right to a fair trial, we may state that:

1. The right to a fair trial and the right to an effective judicial remedy are interconnected and interrelated.
2. The court reveals the contents of the right to a fair trial by interpreting its components such as the right to a trial within a reasonable time, the right to equality of arms, the right to adversarial proceedings, the right to an independent and impartial tribunal, etc.
3. Some of the components mentioned in point 2 usually are regarded as principles, the assurance of which, *inter alia*, provides the effective exercise of the right to a fair trial.
4. The Court regards the violation of the right to a fair trial through some procedural concepts and legal regulations and declares them unconstitutional and invalid. The examples of such violations may be an unconstitutional concept of remittance for additional preliminary investigation during a trial, differentiated legislative approach to parties while defining the scope of legal subjects responsible for the contempt of court and violation of court rules.
5. The Court regards certain legal regulations as unjustified restriction of the right to a fair trial, such as the limitation of access to the Cassation Court through the requirement of lodging a cassation appeal only via an accredited advocate, the understanding and interpretation of the procedural rules in a way that makes the right to a fair trial meaningless, etc.

<sup>15</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-942 from 22 February 2011, Point 7, <http://concourt.am/english/decisions/common/pdf/942.pdf>

<sup>16</sup> Decision of the Constitutional Court DCC-1022 dated April 17, 2012, Point 8, <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2012/pdf/sdv-1022.pdf>

# Application of Article 13 in Alleged Breaches of Articles 5 and 6 of the European Convention on Human Rights

(An Analysis of the ECtHR Case Law)

## I. Introduction

The system of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”)<sup>2</sup> is built on the obligation that Contracting Parties guarantee to those within their jurisdiction the rights enshrined in the Convention and its Protocols.<sup>3</sup> The role of the European Court of Human Rights (“the Court”, “the ECtHR”) is only secondary to the institutions at the national level in adjudicating on the claims of violation of the Convention rights.<sup>4</sup> Having in mind these principles of solidarity and subsidiarity, and the fact that the protection of rights at the domestic level depends on the remedies available there, it is surprising that for many years Article 13, which provides the right to an effective remedy before a national authority, had remained as “one of the most obscure clauses”<sup>5</sup> in the Convention.<sup>6</sup>

Despite its centrality in the Convention system, the jurisprudence on Article 13 has long been poorly developed, raising “extremely difficult and complicated problems of interpretation.”<sup>7</sup> The ambiguity of the text has largely contributed to the reluctance of the Court to elaborate in depth on this Convention right.<sup>8</sup> However, over the years, the ECtHR has shed light on some of the issues under Article 13 and showed increasing willingness to take up alleged violations of this clause in conjunction with substantive

provisions of the Convention.<sup>9</sup> The need to clarify the content of the right has been partially due to its “close affinity” with the local remedies exhaustion rule, which require the exhaustion of effective remedies at the national level before lodging a complaint in the Court.<sup>10</sup> The rule presupposes the state’s duty to provide effective, available and sufficient local remedies.<sup>11</sup>

Mapping the precise contours of the general right to an effective remedy has been particularly significant in relation to Articles 5 and 6, which themselves provide for specific remedies. Because these provisions both require access to the judiciary, the earlier approach of the Court was to find it unnecessary to rule on a complaint under Article 13 in cases which also raise issues under any of these provisions.<sup>12</sup> However, this approach has gradually shifted to more flexible positions, as in some cases the ECtHR has assessed the breach of Article 13 with respect to alleged violations of investigative requirements under Article 5. Furthermore, since *Kudla v Poland*,<sup>13</sup> the Court has dramatically changed the approach in relation to complaints under Article 6(1), so that in cases alleging the breach of the right to a hearing within reasonable time under Article 6(1), it examines the claim under Article 13 separately.<sup>14</sup> The change has been welcomed and assessed as one of the major developments contributing to the long-term effectiveness of the European supervision system.<sup>15</sup>

The paper aims to analyze the application of Article 13 in alleged breaches of Articles 5 and 6. To what extent is the general concept of effective remedies modified in these cases? How consistent is the Court in interpreting the relationship between these provisions? Can compensation be regarded as a sufficient redress in the context of delays in proceedings? Does the post-*Kudla* interpretation of Article 13 build another obstacle for applicant? Has the *Kudla* shift affected the interaction between Articles 5 and 13? The essay tackles these questions by referring to the case law of the ECtHR and scholarly writings in this line of jurisprudence.

<sup>1</sup> LLM in International Human Rights Law (University of Essex), Master of Law with Honors (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University).

<sup>2</sup> Amended by Protocols No 11 and 14, Rome, 4.11.1950.

<sup>3</sup> See ECHR Article 1; White J.R. and Ovey C. (2010), 5<sup>th</sup> edition, *The European Convention on Human Rights*, OUP, p.131.

<sup>4</sup> Jacobs et al. (n 3) 84. See White R. (2000), *Remedies in a Multi-Level Legal Order: The Strasbourg Court and the UK*, in Kilpatrick C., Novitz T., and Skidmore P. (eds), *The Future of Remedies in Europe*, Hart Oxford, p.192; Spijkerboer T.(2009), *Subsidiarity and “arguability”: the European Court of Human Rights’ case law on judicial review in asylum cases*, IJRL 48, p.51; Carozza P.(2003), *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law* AJIL 38, p.74-75; High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, *Interlaken Declaration*, 19.02.2010, p.6.

<sup>5</sup> See partially dissenting opinion of Judges Matscher and Pinheiro Farinha in *Malone v UK*, App 8691/79, 2.08.1984.

<sup>6</sup> Jacobs et al. (n 3) 84, 131. Even though they serve similar purposes, the right to remedy at national level shall be distinguished from the right to remedy at international level, the examination of which falls beyond the scope of this essay (see Shelton D.(2005), 2<sup>nd</sup> edition, *Remedies in International Human Rights Law*, OUP, p.22.

<sup>7</sup> See n 5; White (n 4) 193.

<sup>8</sup> See Jacobs et al. (n 3) 132.

<sup>9</sup> *ibid*; White (n 4) 193.

<sup>10</sup> See ECHR Article 35(1); Shelton (n 6) 114; Trindade A.A.C.(1979), *Exhaustion of Local Remedies under the UN Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol*, 28 Int’l & Comp. LQ 734, p.755-756.

<sup>11</sup> Trindade A.A.C.(1983), *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, CUP, p. 58; Trindade (n 10) 755-756. See *Daddi v Italy*, App 15476/09, Dec. 16.06.2009; *Akdivar and others v Turkey*, App 21893/93, 16.09.1999, paras.65-76; *Aksoy v Turkey*, App 21987/93, 18.12.1996, paras.51-53; *Dogan and others v Turkey*, Apps 8803-8811/02;8813/02;8815-8819/02, 29.06.2004, para.164; Jacobs et al. (n 3) 35; Djajic S.(2007-2008), *Victims and Promise of Remedies: International Law Fairy-tale Gone Bad*, 9 San Diego ILJ, p.329, 333-334.

<sup>12</sup> Gomien D.(2005), 3<sup>rd</sup> edition, *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, p.155.

<sup>13</sup> App 30210/96, 26.10.2000.

<sup>14</sup> *Ibid* paras.146-160.

<sup>15</sup> See *Proceedings, European Ministerial Conference on Human Rights and Commemorative Ceremony of the 50<sup>th</sup> Anniversary of the European Convention on Human Rights, Rome, 3-4 November 2000* (CoE 2002) 39.

Although relevant for the comprehensive understanding of the right, the paper lacks space to explore the general concept of effective remedies under Article 13 and related ambiguities of interpretation, such as the connection with the notion of ‘manifestly ill-founded’ claim or the validity of aggregation rule.<sup>16</sup> Likewise, it does not cover the relationship of Article 13 with any other articles of the Convention (apart from Articles 5 and 6), including the issue of parallel investigation requirements within these provisions or the “post-litigation”<sup>17</sup> remedies under Article 41.<sup>18</sup> As the focus of the paper is much narrower, it also does not seek to discuss the application of Article 13 in situations of gross and systematic violation of Convention rights.<sup>19</sup> The first part of the essay examines the application of Article 13 in alleged breaches of Article 6 and looks at the pre-*Kudla* approach and analyzes the shift from the precedent. The next section assesses whether the change of position of the Court in relation to Article 6(1) has affected the inter-relationship between Articles 5 and 13 and the possible consequences.

The essay concludes that the application of Article 13 in the alleged breaches of Articles 5 and 6 has been inconsistent under the ECtHR jurisprudence. While the basic principles may be established, the Court’s approach towards the interaction of these articles in some contexts casts doubts on the general understanding of the concept. The ECtHR may be criticized for its reluctance to shrink the state’s discretion concerning the forms of remedies for the alleged breaches of the right to a hearing within reasonable time; also for limiting the application of Article 13 in alleged breaches of Article 5 only to the disappearance cases.

## II. Application of Article 13 in alleged breaches of Article 6

### 1. The pre-*Kudla* approach and the shift from the precedent

The purpose of the reasonable time requirement under Article 6(1) is to guarantee that within a reasonable time and by means of judicial decision, an end is put to the insecurity in which a person finds himself/herself as to his/her civil law position or on account of a criminal charge against him/her.<sup>20</sup> The guarantee underlines the importance of

rendering justice without delays which might jeopardize its effectiveness, credibility and result in a large-scale denial of a fair trial.<sup>21</sup> The Court has repeatedly stressed that the Convention places a duty on the states to organize their legal systems so as to allow the courts to comply with the requirements of Article 6.<sup>22</sup> However, for many years, the ECtHR has been reluctant to elaborate on the issue of specific remedial actions against undue length of judicial proceedings.<sup>23</sup>

The Court has numerously affirmed that Article 6 constitutes the *lex specialis* in relation to Article 13 and that the requirements under the latter provision are “less strict than” and absorbed by those of Article 6.<sup>24</sup> Thus, if the matter was within Article 6, the Court did not find it necessary to separately consider alleged violations of Article 13.<sup>25</sup> Likewise, the Committee of Ministers, within its powers of supervising the execution of judgments, confined itself to requiring “regular” remedial measures of the states.<sup>26</sup> As throughout the years the Court had found more violations of the right to a trial within a reasonable time under article 6(1) than of any other provision of the Convention<sup>27</sup> and the problem continued to increase regularly,<sup>28</sup> the Court decided to revisit its approach with respect to remedies against allegations of unreasonable length of proceedings.<sup>29</sup>

In the context of heavy backlog, the Court fundamentally departed from its earlier jurisprudence in *Kudla v Poland*,<sup>30</sup> where it established that “there is no overlap and hence no absorption where ... the alleged Convention violation that the individual wishes to bring before a “national authority” is a violation of the right to trial within a reasonable time, contrary to Article 6§1.”<sup>31</sup> The Court has explained the reversal from the precedent in the following terms:

---

*A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe Publishing, p. 25.

<sup>21</sup> *H v. France*, App 10073/82, 24.10.1989, para. 58. See Drzewicki K. (2009), *Improving Domestic Remedies with Particular Emphasis on Cases of Unreasonable Length of Proceedings in Reforming the European Convention on Human Rights: A Work in Progress, A Compilation of Publications and Documents Relevant to the Ongoing Reform of the ECHR*, CoE, p.85.

<sup>22</sup> Drzewicki (n 21) 88.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Dijk P., Hoof F., Rijn A. and Zwaak L. (eds) (2006), 4<sup>th</sup> edition, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, p. 1017. See *Golder v UK*, App 4451/70, 21.02.1975, para.33; *Kamasinski v Austria*, App 9783/82, 19.12.1989, para.110. See also Edel F. (2007), 2<sup>nd</sup> edition, *The Length of Civil and Criminal Proceedings in the Case-law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, p. 72.

<sup>25</sup> Jacobs et al. (n 3) 138.

<sup>26</sup> Drzewicki (n 21) 88. See *Rules adopted by the Committee of Ministers for the application of Article 46, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights*, 10.01.2001, 736<sup>th</sup> meeting of the Ministers’ Deputies.

<sup>27</sup> Harris et al. (n 16) 570.

<sup>28</sup> Drzewicki (n 21) 85, 88; See also Jacot-Guillarmod O.(1993), *Rights Related to Good Administration of Justice (Article 6)*, in Macdonald R.St-J. et al. (eds.) (1993), *The European System for the Protection of Human Rights*, MNP, p.394-395.

<sup>29</sup> Drzewicki (n 21) 89.

<sup>30</sup> See n 13.

<sup>31</sup> *Kudla* (n 13) para. 147.

<sup>16</sup> See Harris D., O’Boyle M., and Warbrick C. (eds) (2009), 2<sup>nd</sup> edition, *Law of the European Convention on Human Rights*, OUP, p.561, 567 ff; *Powell and Rayner v UK*, App 9310/81, 21.02.1990, para.33. Cf. *Boyle and Rice v UK*, Apps 9659/82;9658/82, 27.04.1984, para.54. See also partially dissenting opinion of Judges Pettiti and Russo in *Leander v Sweden*, App 9248/81, 26.03.1987.

<sup>17</sup> Djajic (n 11) 338.

<sup>18</sup> See Mowbray A.(2004), *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart,p.7-66.

<sup>19</sup> See Reidy A., Hampson F., and Boyle K. (1997), *Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the Case of Turkey*, 15/2 NQHR, p.161-173.

<sup>20</sup> Mole N. and Harby C. (2006), 2<sup>nd</sup> edition, *The Right to a Fair Trial*:

“If Article 13 is ... to be interpreted as having no application to the right to a hearing within a reasonable time as safeguarded by Article 6§1, individuals will systematically be forced to refer to the Court in Strasbourg complaints that would otherwise, and in the Court’s opinion more appropriately, have to be addressed in the first place within the national legal system.”<sup>32</sup>

In areas other than excessive length of proceedings, violations of Article 13 remain absorbed by Article 6.<sup>33</sup> The judgment, consistently followed by the Court in the subsequent cases, is one of the most dramatic overruling of a previous case law, having a profound effect on the jurisprudence.<sup>34</sup> It has been identified as an example of a positive obligation being developed because of the practical needs of the Court itself.<sup>35</sup> Following *Kudla*, the Committee of Ministers set guidelines for the improvement of domestic remedies and specifically tackled the issue of remedies against unreasonably long proceedings.<sup>36</sup>

## 2. The post-*Kudla* concept of effective remedy

In contrast to its previous reluctance to indicate any particular form of a remedy by referring to the State discretion,<sup>37</sup> the Court has gradually adopted a more direct approach to what remedy is to be considered as effective within the meaning of Article 13.<sup>38</sup> In this respect, the Court established that Article 13 offers an alternative; a remedy is effective if it can be used to either expedite a decision or introduce a compensatory remedy to provide the litigant with adequate redress for delays which have already oc-

curred.<sup>39</sup> Furthermore, the Court allows the state a wide margin of appreciation to organize the compensatory remedy in a manner consistent with its legal system and traditions, and commensurate with the standard of living in the country concerned.<sup>40</sup> The compensation takes the form of financial reparation of the damage (pecuniary and non-pecuniary).<sup>41</sup> While in some countries auxiliary remedies coexist with compensatory ones, in some of them (for example, Italy) compensation constitutes the only remedy an applicant can claim.<sup>42</sup> Given that the remedy in the context of excessive length of proceedings is effective “insofar as it hastens the decision of the court concerned,”<sup>43</sup> it remains to be tested whether the compensation constitutes a sufficient redress.

The Court’s reasoning is somewhat vague. While explicitly allowing the compensation to be an adequate remedy in length-of-proceeding cases, the ECtHR at the same time confirms that “a remedy designed to expedite the proceedings ... is the most effective solution...[which] offers an undeniable advantage over a remedy affording only compensation since it also prevents a finding of successive violations in respect of the same set of proceedings and does not merely repair the breach *a posteriori*.”<sup>44</sup> It seems that the Court acknowledges that, while the proceedings are pending, the compensation does not get to the heart of the issue and adequately remedy the violation. However, the ECtHR does not find this decisive in assessing its effectiveness.<sup>45</sup>

Generally, effectiveness under Article 13 means that the remedy must allow the authority both to deal with the substance of the complaint and to grant appropriate relief.<sup>46</sup> This is in line with the essential principle of reparation, which is to wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.<sup>47</sup> This means that the remedy must be available both for the proceedings that have already ended and for those that are still pending.<sup>48</sup> As the violation of the right to a trial within a reasonable time is a continuous one, the grant of pecuniary compensation for undue delay that has already occurred does not exclude the possibility that another undue delay

<sup>32</sup> *ibid* para.155.

<sup>33</sup> *Jacobs et al.* (n 3) 139; *Mihajlovic v Croatia*, App 21752/02, 7.07.2005, para. 49. The position is in contrast with the UN Human Rights Committee’s approach, which interprets the Article 14 (the right to a fair trial) of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966) (ICCPR) to be *lex specialis* with respect to Article 2(3) (Implementation at the national level) only in regards to the right to have one’s conviction and sentence reviewed by a higher tribunal, envisaged under Article 14(5) (UN Human Rights Committee, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32, para.58; *Terron v Spain*, Communication No 1073/2002, HRC, 5.11.2004, para. 6.6).

<sup>34</sup> *Mowbray* (n 18) 193, 201. See also *Mowbray A.*(2009), *An Examination of the European Court of Human Rights’ Approach To Overruling Its Previous Case Law*, HRLR, p.179,193; *Dijk et al.* (n 24) 1019; *Vilho Eskelinen and others v Finland*, App 63235/00, 19.04.2007, paras.79-83. Cf *Association Ekin v France*, App 39288/98, 17.07.2001, paras. 73, 75. See also *Proceedings* (n 15) 39.

<sup>35</sup> *Mowbray* (n 18) 211.

<sup>36</sup> *Recommendation CM/Rec(2010)3 of the Committee of Ministers to member states on effective remedies for excessive length of proceedings*, Committee of Ministers, 24.02.2010, para. 7; *Recommendation Rec (2004) 6 of the Committee of Ministers to Member States on the Improvement of Domestic Remedies*, Committee of Ministers, 12.05.2004, paras. 20-24.

<sup>37</sup> See *ie.*, *Iovchev v Bulgaria*, App 41211/98, 2.02.2006, paras. 142-143; *Vilvarajah and others v UK*, Apps 13163/87; 13164/87;13165/87;13447/87;13448/87, 30.10.1991, paras. 117-127.

<sup>38</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Study on the Effectiveness of National Remedies in respect of Excessive Length of Proceedings*, CDL-AD(2006)036, 2006, available at: <http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD%282006%29036-e.pdf>, [accessed at 28.04.2012] (Study) paras. 89, 91; *White* (n 4) 196; *Scordino v Italy (No 1)*, App 36813/97, 29.03.2006, para. 183.

<sup>39</sup> See *Scordino* (n 38) paras. 183, 185, 187; *Mifsud v France* (Dec.), App 57220/00, 11.09.2002, para. 17. See also O’Boyle M. in *Reforming the ECHR* (n 20) 97; Tulkens F.(2007), *the Right to a Trial Within A Reasonable Time: Problems and Solutions, in Can Excessive Length of Proceedings be Remedied?*Venice Commission, Council of Europe, p.345.

<sup>40</sup> *Scordino* (n 38) para. 189.

<sup>41</sup> *Study* (n 38) para. 143. Compensation may also take a form of nominal damages, that is, a small sum of money awarded to symbolize the vindication of rights (*Shelton* (n 6) 292).

<sup>42</sup> *Study* (n 38) para.72; *Edel* (n 24) 78.

<sup>43</sup> See, *ie.*, *Bacchini v. Switzerland* (dec.), App 62915/00, 21.06.2005.

<sup>44</sup> *Scordino* (n 38) para. 183. See the partly dissenting opinion of Judge Casadevall in *Kudla* (n 13) para.6.

<sup>45</sup> See *Mifsud* (n 39) para.17; *Brusco v Italy* (Dec.), App 69789/01, 06.09.2001.

<sup>46</sup> See *ie.*, *Aksoy* (n 11) para.95; *Leander* (n 16) para. 77.

<sup>47</sup> See *Chorzów Factory*, PCIJ, Series A No.17, 1928, 47-48.

<sup>48</sup> See *Study* (n 38) para. 168.

will occur. Preventing and putting an end to undue delays continues to be essential even after the past proceedings have already been compensated.<sup>49</sup> As compensation is incapable of restoring or replacing the rights that have been violated, it is “inevitably a second-best response that comes into play when full rectification is impossible.”<sup>50</sup>

A parallel can be drawn with the attitude of the United Nations Human Rights Committee, which has explicitly stated that “the mere possibility of obtaining compensation after, and independently of, a trial that was unduly prolonged does not constitute an effective remedy.”<sup>51</sup> The Committee considers the compensation as a part of effective remedy, along with preventive measures.<sup>52</sup> The Venice Commission has also expressed its view that the award of pecuniary compensation for an undue delay which has already occurred does not close the issue of reparation and that each state should provide auxiliary remedies in the first place, in addition to (and not as an alternative) compensatory remedies for breaches that have already occurred.<sup>53</sup> The preference of a hybrid system of remedies has also been shared by the Committee of Ministers.<sup>54</sup> However, the ECtHR, although recognizing its preference, has consistently refrained from indicating that the provision of expedited remedy is required under Article 13.<sup>55</sup>

The reversal in *Kudla* may raise a further question: is the finding of a “double violation” in itself a remedy to overcome the structural problems of the judicial system or does it simply create a barrier to the applicant who will have to exhaust an additional domestic remedy in order to complain about the length of proceedings before the Court?<sup>56</sup> According to the ECtHR’s reasoning, the applicant who has been compensated for the breaches that have already occurred loses the victim status and is unable to bring a complaint before the Court, even though proceedings may still be pending. In such an event, the necessity to exhaust the remedy creates an additional step, when the violation

of the applicant’s right to a trial within reasonable time continues. In this light, it is also noteworthy that, so far, the re-interpretation of Article 13 has not produced any noticeable reduction in the caseload of the Court within Article 6(1).<sup>57</sup> Furthermore, it is argued that the shift has created a ground for a new type of complaint before the Court that the remedies at national level do not meet the requirements of Article 6, for reasons including the length of proceedings.<sup>58</sup>

### 3. Summary

To certain extent, the Court’s reluctance to refer to the uniform remedy may be understood from the point of subsidiarity. Indeed, the cases reveal different approaches in different jurisdictions.<sup>59</sup> However, this wide margin of appreciation shall not be considered as a *carte blanche* for the States. It remains for the Court to determine whether the means available to the applicant are “effective.”<sup>60</sup> The remedy offered by the state shall be in harmony with the essence of Article 13, and provide effective reparation, which does not imply only compensation in the sense of preventing the continuation of alleged violation.<sup>61</sup>

## III. Application of Article 13 in alleged breaches of Article 5

### 1. Remedies under Article 5

Article 5 entails two context-specific remedies: the *habeas corpus* guarantee, which provides a detainee’s right to seek prompt judicial review of the legality of the detention under Article 5(4); and the enforceable right to compensation for illegal detention under Article 5(5).<sup>62</sup> While the first guarantees the release of the detainee in case the detention is found arbitrary, the second remedy entails compensation if any of the provisions of Article 5 is violated. Although, according to the Court, compensation may be “broader than mere financial compensation,”<sup>63</sup> there is no jurisprudence indicating other forms of compensation.<sup>64</sup> Notable difference with Article 13 is that the ECtHR examines the Article 5(5) claim if it finds that another paragraph of Article 5 has been infringed, without re-

<sup>49</sup> Ibid paras. 171-172. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *A new objective for Judicial Systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable time-frame*, CEPEJ(2004)19REV2, available at <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1031277&Site=COE> [accessed at 28.04.2012] (cited in *ibid*, para. 175).

<sup>50</sup> Lomasky L. (1987), *Persons, Rights and the Moral Community*, OUP, P.143 (cited in: Shelton (n 6) 291). According to the HRC, cessation of an ongoing violation is an essential element of the right to an effective remedy (UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 15).

<sup>51</sup> *Ruiz Agudo v Spain*, Communication 864/999, 31.10.2002, HRC, para. 9.1.

<sup>52</sup> *ibid* para. 11.

<sup>53</sup> Study (n 38) paras. 171, 173.

<sup>54</sup> *Recommendation 2010* (n 36) para. 7. See also Lobov M., ‘The Execution of Judgments Concerning the Excessive Length of Judicial Proceedings: The Committee of Ministers’ Experience’ in Venice Commission (n 39) 354.

<sup>55</sup> Study (n 38) paras. 138-139.

<sup>56</sup> See the partly dissenting opinion of Judge Casadevall in *Kudla* (n 13) paras.4-6. With regard to the alleged breaches of the right to a hearing within reasonable time, the applicants are required to exhaust domestic remedies, even if the latter have been introduced only after the application was lodged with the Court (*Edel* (n 24) 81.)

<sup>57</sup> *Mowbray* (n 18) 211.

<sup>58</sup> MB Dembour and M Krzyzanowska-Mierzewska, ‘Ten years on: the voluminous and interesting Polish case law’ [2004] EHRLR 517, 520. The delays in paying compensation in 475 Pinto law cases were described by the Court as a “widespread problem” given the 3900 similar cases then pending before the Court (see *Gaglione and others v Italy*, App 45867/07, 21.12.10; P Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights* (3<sup>rd</sup> ed, OUP 2011) fn 200 at 135).

<sup>59</sup> O’Boyle (n 39) 96.

<sup>60</sup> *Doran v Ireland*, App 50389/99, 31.10.2003, para. 61.

<sup>61</sup> *Hartman v the Czech Republic*, App 53341/99, 10.07.2003, paras. 81, 83.

<sup>62</sup> See the similar provision in ICCPR Article 9(5).

<sup>63</sup> *Harris et al.* (n 16) 197; *Bozano v France* (Dec.), App 9990/82, 15.05.1984, 144-145.

<sup>64</sup> *ibid*. Cf *Wassink v the Netherlands*, App 12535/86, 27.09.1990, para. 38.



quiring from the applicant to exhaust local remedies to see whether he/she could in fact obtain the compensation.<sup>65</sup> It suffices that the remedy exists “either before or after the findings by the Court.”<sup>66</sup>

Given that both guarantee proceedings before a “court,” which imply more stringent requirement than the general obligation within Article 13 to provide an effective remedy before an authority of unspecified status, the Court has consistently considered Articles 5(4) and 5(5) as the *lex specialis* with respect to Article 13.<sup>67</sup> Thus, the ECtHR has repeatedly stressed that there is no need to assess the violation of the latter provision in matters of deprivation of liberty and compensation for arbitrary detention.<sup>68</sup>

## 2. Article 5 – excluding the entry into Article 13?

The shift in *Kudla* has raised certain questions on the possible reinterpretation of the interaction of Articles 5 and 13. Does Article 5 leave room for invoking Article 13 separately? However, it stems from the case law that the Court is unwilling to overrule its long-established dictum of *lex specialis* in relation to Article 5. The special circumstance of the person being in detention governed by Article 5 and the main principle – more important rights, more stringent remedies<sup>69</sup> – serve as grounds for justifying the approach of the Court. However, in what respect the requirements imposed by Article 5 are stricter than Article 13?

While Article 5 is stringent in the sense of providing the judicial remedy, as to the nature of the remedy it may be argued that Article 13 entails broader requirements, in particular, the investigation duties, “implicit” in the notion of effective remedy.<sup>70</sup> A payment of compensation and/or release does mean the acknowledgment of the violation. However, given that *habeas corpus* does not empower the Court on all aspects of the case, “including questions of pure expediency,” but on those conditions “which are essential for the ‘lawful’ detention,”<sup>71</sup> the question that strikes is whether these remedies provide sufficient redress in all circumstances. It could be argued that, apart from *habeas corpus* and compensation, the state has the

duty also to investigate the allegations of arbitrary detention under Article 5, as in alleged breaches of Articles 2 and 3. In this light, if a person is lawfully free, but eager to challenge the consistency with the Convention of his/her earlier detention, Article 13 arguably may be applied along with Article 5.<sup>72</sup>

The Court does not seem to take this particular approach; however, somewhat inconsistently, the ECtHR has indeed read the requirement of an effective and independent investigation under Article 5 in the allegations of enforced disappearances, triggering Article 13 separately.<sup>73</sup> In *Kurt v Turkey*,<sup>74</sup> the ECtHR stressed that Article 13 entails not only the payment of compensation, but also “a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the relatives to the investigatory procedure.”<sup>75</sup> Thus, the Court held that the content of Article 13 is broader than the investigation requirement under Article 5 and examined the breach of Article 13 separately from Article 5.<sup>76</sup>

It seems that the possibility of obtaining compensation under Article 13 makes the remedy more extensive than the procedural obligations under Article 5, as the Court has been reluctant to elaborate on any other differences between these articles in this perspective.<sup>77</sup> Furthermore, the ECtHR has inconsistently refrained to discuss alleged violation of Article 13, when the investigative duties within other substantive articles had been examined, holding that there is “no necessity” to reconsider the issue under Article 13.<sup>78</sup> Notably, in some cases, the Court assessed the violation of Article 13 as regards an obligation to carry out an effective investigation into the disappearance only in relation to Article 2, even though the applicants complained about the violation of such duties under Article 5 as well.<sup>79</sup> It seems that if the lack of effective investigation had undermined the possibility of the applicant to invoke other domestic remedies, the Court is likely to examine the issue within Article 13, in addition to applying the analogous obligations under other articles.<sup>80</sup>

<sup>65</sup> Harris et al. (n 16) 197-198. See *Ciulla v Italy*, App 11152/84, 22.02.1989, paras. 43-45.

<sup>66</sup> *Brogan and others v United Kingdom*, Apps 11209/84, 12245/86, 12383/86, 30.08.1990, para. 67; *Fox, Campbell and Hartley v UK*, Apps 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30.08.1990, para. 46.

<sup>67</sup> *De Jong, Baljet and Van den Brink v the Netherlands*, Apps 8805/79, 8806/79, 9242/81, Report, 11.10.1982, para. 100; Dijk et al. (n 24) 1016.

<sup>68</sup> The position can be contrasted with the approach of the HRC, which has recognized that, along with the guarantees established under Article 9 (Right to liberty and security of persons) of the ICCPR, the states have an obligation also under Article 2(3) (Implementation at the national level) to ensure an effective remedy when an individual claims to be deprived of his/her liberty in violation of the Covenant (UN Human Rights Committee, *General Comment No. 8: Article 9 (Right to Liberty and Security of Persons)*, 30.06.1982, No 8, para. 1; *Jama Warsame v Canada*, HRC, 1959/2010, 21.07.2011, para. 8.10).

<sup>69</sup> Harris et al. (n 16) 559.

<sup>70</sup> *Aksoy* (n 11) para.98.

<sup>71</sup> *Jacobs et al.* (n 3) 236.

<sup>72</sup> See Harris et al. (n 16) 184; *L v Sweden*, App 10801/84, 1988; *X v UK*, App 9403/81, 5.05.1982, para. 16.

<sup>73</sup> *Jacobs et al.* (n 3) 140.

<sup>74</sup> App 15/1997/799/1002, 25.05.1998.

<sup>75</sup> *ibid* para. 140. See also *Tas v Turkey*, App 24396/94, 14.11.2000, para. 91.

<sup>76</sup> *ibid*; *Jacobs et al.* (n 3) 140.

<sup>77</sup> See White (n 4) 219; Harris et al. (n 16) 573.

<sup>78</sup> See *Kelly and others v UK*, App 28883/95, 4.05.2001, paras. 158-159; *McKerr v UK*, App 30054/96, 4.5.2001, paras. 175-176; *Dedovskiy v Russia*, App 7178/03, 15.05.2008, paras. 100-101; Cf. *Bazorkina v Russia*, App 69481/01, 27.07.2006. See also the dissenting opinion of Judge Golcuklu in *Akdeniz and Others v Turkey*, App 23954/94, 31.05.2001; *Ahmed Aber and others v Algeria*, 1439/2005, HRC, 13.07.2007, para. 7.8.

<sup>79</sup> *Akdeniz v Turkey*, App 25165/94, 31.05.2005, paras. 138-142; *Akdeniz and Others* (n 77) paras.112-114; *Sarli v Turkey*, App 24490/94, 22.05.2001, paras. 73-78.

<sup>80</sup> *Mowbray* (n 18) 219-220. See *Tas* (n 75) para. 93; *Aydin v Turkey*, App 57/1996/676/866, 25.09.1997 paras. 101-109. See also the partly dissenting opinion of Judge Zagrebelsky in *Khassiev and Akayeva v Russia*, Apps 57942/00; 57945/00, 24.02.2005.

The unstable approach may be explained by the slow development of positive obligations within Article 5 itself.<sup>81</sup> Even though the implied duty to conduct a prompt effective investigation into a claim that a person has been taken into custody and has not been seen since was first identified in *Kurt* and reaffirmed in some of the subsequent cases, overall the Court has been reluctant to read such obligation within Article 5 and preferred to examine the issue under analogous duties in Articles 2 and/or 3.<sup>82</sup> Thus, *Kurt* remains as one of the few cases, where the Court examined the violation of Article 13 in respect of the alleged failure of the state to provide for effective investigation of a disappearance within Article 5. Apart from disappearance cases, the Court has been unwilling to invoke positive obligations under the right to liberty, further excluding the possibility to discuss the alleged breach of Article 13.

### 3. Summary

It stems from the case law that generally Article 13 is not applied in the alleged violations of Article 5. The *Kudla* reversal has not affected the interpretation of Article 5, as the position of *lex specialis* remains untouched by the Court. However, the ECtHR has made an exception in the disappearance cases, where it allowed Article 13 to be examined separately due to its broader scope in this context. The inconsistent application of the latter provision in relation to the breach of positive duties under Article 5 may raise questions on the understanding of the concept of effective remedies. Having in mind the similar practice in relation to Articles 2 and 3,<sup>83</sup> it is desirable for the Court to assess Article 13 claim where the lack of effective investigation had deterred the individual to enjoy the specific remedies envisaged in Article 5, especially where an administrative practice is in issue. In such cases, it may be argued that Article 13 does not absorb requirements of Article 5, making it appropriate to examine the breach of both articles separately.

## IV. Conclusion

The whole system of the Convention protection is based on the presumption that the states provide effective remedies at the national level to everyone who claims to be a victim of violation of human rights. However, the analysis has revealed the difficulties in interpretation of Article 13, which provides the general right to remedy under the Convention. Although the basic understanding of the right has been established by the Court, it is clear that particular areas remain vague and are subject to controversy. The application of this provision in relation to Articles 5 and 6

is one of those issues, which reveal the significance of Article 13 in the Convention system and at the same time disclose the uncertainties in the interpretation of the right.

Although the dramatic overruling of the precedent in *Kudla* can be justified for various reasons, there are some issues which cast doubt on the general understanding of the concept of effective remedies in alleged breaches of the right to a hearing within reasonable time under Article 6(1). Having in mind the subsidiary character of the supervision mechanism under the Convention, the department from previous approach may be assessed as one of the most important developments in the Court's jurisdiction, resulting in a number of legislative changes in member states oriented to solve the problem of effective remedies at national level. However, a wide discretion of the states in providing the means by which they comply with the obligation under Article 13 shall not leave an individual without sufficient redress. The position of the Court to allow purely compensatory remedy to be in accordance with the states' obligations within Article 13 may debar an individual from lodging an application before the Court, if he/she has received compensation for the delays which have already occurred, even if the proceedings are still pending. Therefore, it is desirable to interpret Article 13 as requiring the hybrid of remedies – both compensatory and expedited.

The analysis has revealed the unwillingness of the Court to expand the *Kudla* approach to alleged breaches of Article 5. The latter provision is still firmly deemed to be *lex specialis* and thus absorbing the requirements under Article 13, thereby excluding the separate examination of the violation of the right to remedy. However, Article 13 has been applied, although inconsistently, in alleged violations of investigation requirements under Article 5, only in the disappearance cases. Here, as Article 13, an increasingly important source of institutional positive obligations,<sup>84</sup> requires not only compensation but also a thorough and effective investigation, the Court has allowed discussing the breach of the provision separately. This inconsistency is largely due to the lack of uniformity of the Court in reading the breach of positive duties within Article 5. It may be argued that the ECtHR shall examine an Article 13 claim where the lack of effective investigation into the allegations of arbitrary detention has debarred the individual from invoking the context specific remedies enshrined in Article 5.

The analysis has disclosed the number of uncertainties related to the application of Article 13 in alleged breaches of Articles 5 and 6. It is desirable for the Court's approach, having built the foundation for a coherent meaning to be given to this cornerstone provision,<sup>85</sup> to be revisited and clarified, so that Article 13 would finally leave the "twilight zone"<sup>86</sup> of its jurisprudence.

<sup>81</sup> Jacobs et al. (n 3) 213.

<sup>82</sup> See *Kurt* (n 74) para.124. Cf. *Cakici v Turkey*, App 23657/94, 8.07.1999, paras. 104, 113; *Cyprus v Turkey*, App 25781/94, 10.05.2001, paras. 147, 153; Mowbray (n 18) 68, 70.

<sup>83</sup> See the text accompanying fn 80.

<sup>84</sup> Mowbray (n 18) 220.

<sup>85</sup> Janis M.W., Kay R.S., and Bradley A.W. (2008), 3<sup>rd</sup> edition, *European Human Rights Law: Text and Materials*, OUP, p.834.

<sup>86</sup> Jacobs et al. (n 3) 131.

## Review of the ECtHR Case Law Related to Individual Applications v. Armenia, Azerbaijan, and Georgia for the Year 2012

(Reporting period: 1 January 2012 – 31 December 2012)

The present report is the continuation of the previous report on Case Law Review of the first edition of the SCLJ (N 03/2012; reporting period: 1 January 2011 – 31 December 2011). This report aims at summarizing judgments adopted by the European Court of Human Rights v. Azerbaijan, Armenia and Georgia during the period from 1 January 2012 until 31 December 2012 on the basis of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It includes only those judgments in which the European Court admitted an individual application for the consideration of the merits and found the violation of a particular provision of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or its Additional Protocols. The current report does not review either the inadmissibility decisions or the decisions on striking out the applications from the list. The judgments and decisions of the European Court of Human Rights are available in the English and French languages at the following website: [www.echr.coe.int/-/case-law/hudoc](http://www.echr.coe.int/-/case-law/hudoc).

For comparison: during the same period, the European Court of Human Rights adopted the following number of judgments and decisions: *42 v. Germany*, including 22 on the merits; *90 v. France*, including 29 on the merits; *73 v the United Kingdom*, including 24 on the merits.

1. During the period from 1 January 2012 to 31 December 2012, the ECtHR has found violations of the Convention by the **Armenian Government** in fourteen cases. In six cases, the Court either adopted an inadmissibility decision or decided to strike an application from the Court's list of applications (applications nos. 32289/06, 2193/05, 46435/09, 36469/08, 52316/09 and 11456/05).

In the mentioned judgments the Court mostly found the violations of Article 5, paras. 1, 3, 4, and 5 (right to liberty and security); Article 6, paras. 1-3 (right to a fair trial), Article 3 (prohibition of torture); and Article 1 of Protocol no. 1 (right to property).

### Case of Bukharatyan and Tsaturyan v. Armenia (Judgment of 10 January 2012, applications nos. 37819/03 and 37821/03)

Born in 1980, the applicants reside in *Yerevan*. They are Armenian nationals and Jehovah's Witnesses. By invoking Article 9 (Freedom of thought, conscience and religion) of the Convention, they complained about being sentenced for two years of imprisonment in April 2003 due to their evasion of compulsory military service.

The European Court found the violation of Article 9 of the Convention and ordered Armenia to pay each applicant 6,000 euros in respect of non-pecuniary damage, and 4,000 euros for costs and expenses. This is a Chamber's judgment.

### Case of Gabrielyan v. Armenia (Judgment of 10 April 2012, application no. 8088/05)

Born in 1938, the applicant is an Armenian national and resides in *Yerevan*. A campaigner for the main opposition party in Armenia, Mr. Gabrielyan was arrested on 8 April 2004 in Yerevan where he was handing out leaflets to encourage participation in a protest rally to be held next day. He was subsequently charged and convicted in June 2004 of calling for a violent overthrow of the government. He was given a one year suspended sentence and released. Mr. Gabrielyan's case notably concerned his complaint that the State-appointed lawyer in the proceedings against him had failed to provide adequate legal assistance, and notably had not even met or spoken with him in private. He also complained that he had not been given the opportunity to cross-examine witnesses on whose statements his conviction was based.

The European Court found the violation of Article 6.1 (right to a fair trial) jointly with Article 6.3.d) (right to examine witnesses). The Court did not find the violation of Article 6.3.c) (right to legal assistance). The Court ordered Armenia to pay the applicant 2,500 euros in respect of non-pecuniary damage, and 1,600 euros for costs and expenses. This is a Chamber's judgment.

### Case of Hakobyan and others v. Armenia (Judgment of 10 April 2012, application no. 34320/04)

The applicants are three Armenian nationals who were born in 1967, 1969 and 1956, respectively. They live, respectively, in the town of Armavir and the villages of Nairi and of Nalbandyan (Armenia). The applicants, who were members of the main opposition parties, alleged that they had all been arrested in March/April 2004, and placed in administrative detention for periods of between four and seven days, both as punishment for their political allegiance and to prevent them from attending imminent op-

<sup>1</sup> A judge of the Federal Social Court of Germany and the editor-in-chief of the South Caucasus Law Journal.

position protest rallies in Yerevan. They alleged that their detention had been unlawful and arbitrary, and the offences they had supposedly committed were fabricated. They further complained about the unfairness of the administrative proceedings against them, notably that their cases had been examined in an expedited procedure, therefore not giving them adequate time and facilities for the preparation of their defence. Lastly, they complained that they had no right to appeal against their convictions.

The ECtHR found the violation of Article 11 (freedom of assembly and association) of the Convention, Article 5.1 (right to liberty and security), Article 6.1 (the right to a fair trial) taken together with Article 6, paras. 1 and 3.b) (right to adequate time and facilities for the preparation of defence) and Article 2 of Protocol no. 7 (right of appeal in criminal matters).

The Court ordered Armenia to pay each applicant 7,000 euros in respect of non-pecuniary damage, and 7,000 euros for costs and expenses. This is a Chamber's judgment.

**Case of Muradkhanyan v. Armenia  
(Judgment of 5 June 2012, application no.  
12895/06)**

The applicant is an Armenian national who was born in 1963 and is currently serving a life sentence for the murder of several people and for illegal possession of firearms, of which he was convicted and sentenced in September 2007. Relying in particular on Article 5 §§ 1 and 3 (right to liberty and security) of the European Convention on Human Rights, Mr. Muradkhanyan complained that he had been detained and kept unlawfully in detention between 2004 and 2007, and that he could not challenge the lawfulness of his detention.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 5, paras. 1 and 5 (right to liberty and security) of the Convention. The compensation amounted to 6,000 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Poghosyan and Baghdasaryan v.  
Armenia  
(Judgment of 12 June 2012, application no.  
22999/06)**

The applicants, mother and son, are Armenian nationals. They lodged an application with the European Court concerning the dismissal of the applicants' compensation claim after the conviction for murder and rape of their husband/father had been quashed and he had spent 5 years and 6 months in prison. The latter had alleged throughout the proceedings against him that he was innocent and that he had confessed to the crimes only after having been ill-treated in police custody. After the actual perpetrator of the crimes for which he had been convicted was found he was released from prison in April 2005.

However, the Armenian courts dismissed this claim on the ground that this type of damage was not envisaged by the Civil Code.

The European Court of Human Rights ruled in its first judgment on the violation of Article 3 of Protocol No. 7 (compensation for wrongful conviction) of the Convention and criticized the legislative gap. The Court noted that the High Contracting State is obliged to pay compensation in accordance with Article 3 of Protocol No. 7 even where the domestic law or practice made no provision for such compensation. The Court ordered Armenia to pay the applicants compensation for non-pecuniary damage amounting to 30,000 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Malhasyan v. Armenia  
(Judgment of 26 June 2012, application no.  
6729/07)**

The applicant is an Armenian national who was born in 1953 and lives in Yerevan. Arrested in December 2006 and charged with publicly calling for a violent overthrow of the government at a meeting organised by an NGO, the Unity of Armenian Volunteers, Mr. Malkhasyan made a number of complaints about the authorities' decisions to extend his ensuing detention. In particular, he alleged that the domestic courts had failed to give reasons for his continued detention, that his detention between 10 and 22 June 2007 had not been authorised by a court and that he had not been present at any of the hearings that decided on the extension of his detention.

The European Court of Human Rights found the violation of para. 1 (detention of the applicant from 10 June to 22 June 2007) and para. 3 of Article 5 (right to liberty and security) of the Convention. The compensation amounted to 4,500 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Piruzyan v. Armenia  
(Judgment of 26 June 2012, application no.  
33376/07)**

The applicant is an Armenian national who was born in 1978 and lives in Yerevan. Suspected of assault and theft of a suitcase full of expensive jewellery, he was arrested in October 2006. His detention pending trial was subsequently extended on several occasions without a court order, including the period between 19 February and 12 March 2007. During the entire proceedings against him, when he was in the court room, Mr. Piruzyan was kept in a metal cage. Mr. Piruzyan's motion to release him on bail was not granted. In December 2007, the charges were dropped and Mr. Piruzyan was released.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 3, and 5 violations of paras. 1, 3 and 4 of Article 5 (right to liberty and security) of the Con-

vention. The compensation awarded for non-pecuniary damage amounted to 8,000 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Grigoryan v. Armenia  
(Judgment of 10 July 2012, application  
no. 3627/06; violation of Article 6.1 of the  
Convention; violation of Article 5.1 of the  
Convention; compensation: 2,500 euros;  
Chamber's judgment)**

**Case of Sholokhov v. Armenia  
(Judgment of 31 July 2012, application  
no. 40358/05; violation of Article 6.1 of the  
Convention; compensation: 5,000 euros;  
Chamber's judgment)**

**Case of Sefilyan v. Armenia  
(Judgment of 02 October 2012, application no.  
22491/08)**

The applicant is a Lebanese national who was born in 1967 and lives in Yerevan. He holds leading positions in several non governmental organisations, including the Unity of Armenian Volunteers, and is an active critic of the Armenian authorities. In December 2006 he was arrested and charged with making calls for a violent overthrow of the government during a speech he had given at a meeting organised by the Unity of Armenian Volunteers. He was also accused of keeping a weapon without a permit after his demobilisation in 1998. In August 2007 he was acquitted of the first charge and found guilty of the second and sentenced to one year and six months' imprisonment. He made a number of complaints about his detention and its extension. Notably, he alleged that his detention between 10 and 22 June 2007 was unlawful as it had not been authorised by a court and that the courts had refused to grant bail. Mr. Sefilyan also complained that his telephone conversations had been tapped for six months in 2006.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 5 paras. 1, 3 and 4 (right to liberty and security) of the Convention, and Article 8 of the Convention (right to respect for correspondence). The compensation for non-pecuniary damage amounted to 6,000 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Antonyan v. Armenia  
(Judgment of 2 October 2012, application no.  
3946/05)**

The applicant is an Armenian national who was born in 1937 and lives in Yerevan. The case concerned a flat in Yerevan which had been allocated to her during the Soviet period under a tenancy agreement and which she had acquired ownership of in 1993 when it had been pri-

vatized. In 1981 she had agreed to register her niece (now deceased) at her flat and subsequently her two children. She complained that in the Armenian authorities had refused to cancel the registration of her flat to her late niece's children and had required her to pay them compensation in order to terminate their right to live in the flat.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 1 of Protocol No. 1 (right to property) of the Convention and ordered the respondent state to pay 3,000 euros to the applicant. This is a Chamber's judgment.

**Case of Virabyan v. Armenia  
(Judgment of 2 October 2012, application no.  
40094/05)**

The applicant is an Armenian national who was born in 1958 and lives in the village of Shahumyan. He was a member of the then main opposition party in Armenia, the People's Party of Armenia. This case is related to the complaint of the applicant following his detention in the police station in April 2004 due to the suspicion of illegally possessing firearms during the opposition rally in *Yerevan*. The applicant was subjected to torture during his detention in the police station of Artashat. While trying to defend himself physically, he was beaten with a metal baton in his groin until he lost consciousness. As a result, his left testicle had to be surgically removed. In August 2004, the charges were dropped against the applicant due to health condition.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 3 (prohibition of torture), Article 6.2 (presumption of innocence), Article 14 (prohibition of discrimination) in conjunction with Article 3 of the Convention. This judgment is the first judgment adopted against Armenia where the violation of Article 3 was concluded. The Court awarded the applicant 25,000 euros for non-pecuniary damage and 6,000 euros for costs and expenses. This is a Chamber's judgment.

**Case of Daniyelyan and others v. Armenia  
(Judgment of 9 October 2012, application no.  
25825/05)**

and

**Case of Tunuyan and others v. Armenia  
(Judgment of 9 October 2012, application no.  
25812/05)**

In these two cases, the applicants, Armenian nationals, are two families who live in Yerevan. They complained that the forced expropriation of their property in Yerevan during the implementation of large projects of urban planning. The applicants contested the decision claiming the violation of their property rights.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 1 of Protocol No. 1 (right to property) of the Convention.

**Case of Khachatryan and others v. Armenia  
(Judgment of 27 November 2012, application  
no. 23978/06)**

The applicants are 19 Armenian nationals who are Jehovah's Witnesses. Having applied to the authorities to perform alternative labour service instead of military service on religious grounds under the 2004 Alternative Service Act, they were each assigned to perform the service in various institutions such as hospitals, nursing homes and dispensaries. In May and June 2005, they respectively informed those institutions that, since the alternative service was under the control of the military, they could not continue to serve in good conscience, and subsequently left their places of service. They were placed in detention for several months following criminal proceedings brought against them for abandoning their service institutions – which had eventually been discontinued. They complained about the violation of Article 5.1 (right to liberty and security) of the Convention.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 5.1.c) (right to liberty and security), Article 5.5 (right to compensation). The amount of compensation for non-pecuniary damage was set at 6,000 euros per each applicant, and 10,000 euros for costs and expenses. This is a Chamber's judgment.

2. During the period from 1 January 2012 to 31 December 2012, the European Court of Human Rights found violations of the Convention by the Azerbaijani authorities in eleven cases. In three cases, the Court reached inadmissibility decisions (applications nos. 37129/08, 8019/08 and 16017/07). Six applications were struck out of the list (applications nos. 32066/07, 5588/04, 18703/08, 35509/08, 30944/09, and 51326/07).

In the above-mentioned judgments of the Court violations have been mainly found in relation to Article 3 (prohibition of torture), and Article 3 of Protocol No.1 (right to free elections).

**Case of Hajili v. Azerbaijan  
(Judgment of 10 January 2012, application no.  
6984/06)**

and

**Case of Mammadov v. Azerbaijan  
(Judgment of 10 January 2012,  
application no. 4641/06)**

and

**Case of Kerimli and Alibeyli v. Azerbaijan  
(Judgment of 10 January 2012, applications  
nos. 18475/06, 22444/06)**

The applicants are Azerbaijani nationals who live in Baku. Mr Kerimli and Mr Alibeyli are well-known politicians. All opposition party (Azadliq) candidates, the applicants complained about the invalidation of the results

of the November 2005 national parliamentary elections in which, they claimed, they were the outright winners in their respective constituencies. They also claimed that they were deprived of their seats in the National Assembly (Milli Majlis) owing to their affiliation with the opposition.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections) of the Convention. The applicants have received compensations from 7,500 to 20,000 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Habil v. Azerbaijan  
(Judgment of 21 February 2012, applications  
no. 16511/06)**

The applicant is an Azerbaijani national who was born in 1952 and lives in Baku. He stood as an independent candidate for the elections to the National Assembly of 6 November 2005. His registration as a candidate was cancelled in October 2005 by the Court of Appeal which found that he had offered money to voters in exchange for their votes in his favour. Mr Abil complained that his registration as a parliamentary elections candidate had been cancelled arbitrarily.

The European Court of Human Rights found in this case the violation of Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections) of the Convention and ordered Azerbaijan to pay the applicant 7,500 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Khanhuseyn Aliyev v. Azerbaijan  
(Judgment of 21 February 2012,  
application no. 19554/06)**

The applicant is an Azerbaijani national who was born in 1958 and lives in Baku. Having stood for the elections to the National Assembly of November 2005, his registration as a candidate was cancelled by the courts in October 2005 on request of the electoral commission, finding that he had offered money to voters in exchange for their votes. The applicant complained that his registration had been cancelled arbitrarily and had been based on fabricated evidence. He further maintained that he had been informed of the electoral commission's request only on the day of the relevant court hearing.

The European Court of Human Rights found the violation of the passive election rights envisaged in Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections) of the Convention, and obliged Azerbaijan to pay the compensation of 7,500 euros to the applicant. This is a Chamber's judgment.

**Case of Atakishi v. Azerbaijan  
(Judgment of 28 February 2012, application no.  
18469/06)**

The applicant is an Azerbaijani national who was born in 1959 and lives in Baku. An independent candidate in the 2005 national elections, Mr Atakishi complained that

he had been disqualified following allegations that he had bribed voters and insulted his opponents as well as disrupted their meetings.

The European Court of Human Rights found the violation of the election rights envisaged in Article 3 of Protocol No 1 (right to free elections) of the Convention in this case, and obliged Azerbaijan to pay the compensation of 7,500 euros to the applicant. This is a Chamber's judgment.

**Case of Pashayev v. Azerbaijan  
(Judgment of 28 February 2012, application no. 36084/06):  
Two violations of Article 6.1 (right to a fair trial);  
Compensation: 4,800 euros; This is a  
Chamber's judgment.**

**Case of Rizvanov v. Azerbaijan  
(Judgment of 17 April 2012, application no. 31805/06)**

The applicant is an Azerbaijani national who was born in 1966 in Gabala, Azerbaijan, and lives in Germany. A former journalist, he alleged that a police officer had hit him with a truncheon in November 2005 while he was covering a demonstration in Baku held by a group of opposition political parties. He also alleged that the ensuing investigation into the incident had been ineffective.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 13 (right to an effective remedy) of the Convention, and obliged Azerbaijan to pay the compensation of 4,500 euros to the applicant. This is a Chamber's judgment.

**Case of Zulfali Huseynov v. Azerbaijan  
(Judgment of 26.06.2012, application no. 56547/10):  
Violation of Article 6.1 (right to a fair trial) and  
Article 1.1 of Protocol No. 1 (right to property)  
of the Convention. This is a Chamber's  
judgment)**

**Case of Najafli v. Azerbaijan  
(Judgment of 2 October 2012, application no. 2594/07)**

The applicant is an Azerbaijani national who was born in 1967 and lives in Baku. He was a journalist and the editor-in-chief of a newspaper named Boz Qurd. On 9 October 2005, he was sent to cover an unauthorised demonstration in Baku, organised by opposition parties. During the dispersal of the demonstration by the police, Mr Najafli was beaten up and received various injuries. According to the applicant, he told the police officers that he was a journalist and asked them to stop. He was then hit on the head and lost consciousness. On 26 October 2005 Mr Najafli received a medical certificate with a diagnosis of closed

cranio-cerebral trauma, concussion and soft-tissue damage to the crown of the head.

The applicant brought charges against the policemen of the Special Forces Department. On March 9, 2006, the Prosecutor's Office suspended preliminary investigation until the identification of the perpetrators. The appeal yielded no result.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 3 (prohibition of torture) of the Convention and Article 10 (freedom of expression), and ordered Azerbaijan to pay the compensation in the amount of 10,000 euros to the applicant for non-pecuniary damage and 3,000 euros for costs and expenses. This is a Chamber's judgment.

**Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan  
(Judgment of 11 December 2012, applications nos. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05, and 16519/06)**

The applicants are eleven Azerbaijani nationals who were born between 1952 and 1984 and live in Sumgayit, Baku, and Gabala. The case essentially concerned the applicants' complaints about the unfairness of criminal proceedings brought against them following their arrest for allegedly participating in an unauthorised demonstration of 16 October 2003 in protest against the presidential elections. The protest had escalated into violent clashes between opposition supporters and the law-enforcement authorities. The applicants alleged that there had been serious breaches of numerous fair trial guarantees in the criminal proceedings against them, rendering their trials wholly unfair. One of the applicants, E. Mammadov, further complained that he had been prosecuted in two separate sets of proceedings (administrative and criminal) brought against him for his involvement in the demonstration.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 3 (prohibition of torture) and Article 10 (freedom of expression) and ordered Azerbaijan to pay the compensation of 10,000 euros to the applicant for non-pecuniary damage and 3,000 euros for costs and expenses. This is a Chamber's judgment.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 6.1 (right to a fair trial) together with Article 6.3.b) and Article 6.3.d); in relation to Mr. Mammadov, the Court found the violation of Article 4 of Protocol No. 7 (right of not being tried or punished twice), and ordered Azerbaijan to pay compensations ranging from 10,000 to 12,000 euros to the applicants. This is a Chamber's judgment.

3. During the period from 01 January 2012 to 31 December 2012, the European Court of Human Rights has found violations of the Convention by the **Georgian authorities** in nine cases. In eight cases, the Court reached inadmissibility decisions (applications nos. 40969/06; 4484/07, 46055/06, 53073/07,

17092/07; 47974/07, 44303/05 and 22026/10). Thirteen applications were struck out of the list (applications nos. 51767/09, 3486/06, 55486/10, 44984/07, 22325/10, 73250/10, 10076/10, 8708/07, 17491/09, 42270/10, 10547/06, 4276/06 and 25391/08).

In the above-mentioned judgments of the Court, violations were mainly found in relation to paras. 1, 2 and 3 of Article 5 (right to liberty and security), paras. 1 and 3 of Article 6 (right to a fair trial) and Article 3 (prohibition of torture).

**Case of Bekauri v. Georgia  
(Decision of 10 April 2012, application no.  
14102/02: abuse of the right of petition; Article  
35.3 of the Convention)**

**Case of Tchitchinadze v. Georgia  
(Judgment of 29 May 2012, application no.  
18156/05)**

The applicant is a Russian national who was born in 1952 and lives in Belgorod. He complained about the quashing of a final and enforceable decision in his favour in which the sale – allegedly made under duress – of property he owned in Batumi had been annulled and the proceedings reopened.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 6.1 (right to a fair trial) and Article 1 of Protocol No.1 (right to property). The Court ordered the return of the estate to the applicant, or reasonable compensation to be agreed upon by the parties. If the parties failed to reach an agreement, the Court reserved the right to fix the further procedure and determine itself the amount of compensation; and a compensation of €5,000 was awarded towards non-pecuniary damage. This is a Chamber's judgment.

**Case of Dadiani and Machabeli v. Georgia  
(Judgment of 12 June 2012, application no.  
8252/08), violation of Article 6.1  
(right to a fair trial) of the Convention due to  
the non-enforcement of judgments. This is a  
Chamber's judgment)**

**Case of Khoniakina v. Georgia  
(Judgment of 19 June 2012, application no.  
17767/08)**

The applicant is a Georgian national who was born in 1926 and lives in Tbilisi. She retired from her post as a Supreme Court judge in 2000 and was granted, under the Supreme Court Act, a pension of 1,073 Georgian laris corresponding to her final salary. The Supreme Court Act in force at the time stated that, upon retirement, a Supreme Court judge was entitled to a life-long pension of an amount equal to his or her final salary and adjustable in

line with changes in the salary scales of serving Supreme Court judges. This "adjustment clause" was removed by an amendment on 16 March 2001, the lawfulness of which the applicant challenged in the proceedings – also seeking compensation – she brought in September 2004. The Supreme Court allowed Ms Khoniakina's claim in full. The Supreme Court Act was further amended on 23 December 2005 with retroactive effect. It stated that a retired Supreme Court judge was entitled to 1,200 GEL4 compensation from the State. Ms. Khoniakina brought another action for damages, challenging the application of this amendment to her situation. In October and December 2007, her complaints were declared unsubstantiated hence inadmissible by the Supreme Court. The retroactive amendments similarly applied to 850 persons affected by the general reform of retired civil servants' pensions. The European Court of Human Rights had 30 similar individual applications. This judgment is the first one adopted on this issue.

The European Court of Human Rights found no violation of Article 6.1 (right to a fair trial) and Article 1 of Protocol No. 1 (right to property). The Court held that the legislature could not be prevented from regulating pension rights via new retrospective provisions and that a final judicial decision on a comparable matter could not be validly used as a shield against such changes in the future. The Court, having regard to Georgia's wide margin of appreciation in implementing social policies in a situation of complex transition and, observing the overall public interests, concluded that the discontinuation of the adjustment clause applied to Ms. Khoniakina pension had not been disproportionate to the legitimate aim pursued. This is a Chamber's judgment.

**Case of Kakabadze and others v. Georgia  
(Judgment of 2 October 2012,  
application no. 1484/07)**

The applicants are five Georgian nationals. They are members of the Equality Institute, a Georgian non-governmental organisation. The case concerned their arrest and punishment by detention, imposed as an administrative sanction by a court on the day of their arrest, for their participation in a demonstration on 29 June 2006 to express their support for two owners of a TV channel, who were on trial that day. The domestic courts considered their arrest to be in compliance with law.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 5.1 (right to liberty and security), Article 6.1 (right to a fair trial) together with Article 6.3.b) (right for adequate time and facilities for the preparation of defense) and Article 11 (freedom of assembly and association), Article 2 of Protocol No. 7 (right to appeal judgments for criminal cases in the courts of second instance). The Court ordered Georgia to pay 6,000 euros to each applicant. This is a Chamber's judgment.



**Case of Mikiashvili v. Georgia  
(Judgment of 9 October 2012,  
application no. 18996/06)**

The applicant is a Georgian national who was born in 1984 and lives in Tbilisi. He was arrested on 29 October 2005 following an altercation with the police in the street. He was subsequently convicted of resisting police officers and obstructing them in the course of their duties and sentenced to one and a half years' imprisonment. He alleged that he had been ill-treated both by police officers during his arrest, sustaining multiple bruises all over his body as well as concussion, and then by prison officers during his ensuing detention. He further complained that the authorities had failed to carry out an adequate investigation into his allegations of ill-treatment. Lastly, he complained that the court decisions authorising his pre-trial detention had not been properly justified.

The European Court of Human Rights found the violation on three accounts of Article 3 (prohibition of torture). The Court ordered the respondent state to pay the applicant compensation amounting to 12,000 euros for non-pecuniary damage. This is a Chamber's judgment.

**Case of Goloshvili v. Georgia  
(Judgment of 20 November 2012,  
application no. 45566/08);  
no violation of Article 3 (prohibition of torture).  
This is a Chamber's judgment)**

**Case of Janiashvili v. Georgia  
(Judgment of 27 November 2012, application  
no. 35887/05)**

The applicant is a Georgian national who was born in 1962 and lives in Tbilisi. In July 2006 Mr Janiashvili was found guilty of illegally buying and concealing heroin in very large quantities and sentenced to 15 years' imprisonment. The case concerned in particular his complaint about the excessive length of his detention pending trial with regard to the related criminal proceedings brought against him in 2004 and 2005.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 5.3 (right to liberty and security) due to the excessive length of pre-trial detention. The compensation was 600 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Irakli Mindadze v. Georgia  
(Judgment of 11 December 2012,  
application no. 17012/09)**

The applicant is a Georgian national who was born in 1955 and is currently serving a 12-year prison sentence for drugs offences. Arrested in March 2007, he was ultimately convicted in December 2007 of unlawful purchase and possession of heroin.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 3 (prohibition of torture) due to the failure to provide adequate medical care in prison. The Court ordered Georgia to pay compensation in the amount of 5,000 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Baisuyev and Anzorov v. Georgia  
(Judgment of 18 December 2012,  
application no. 39804/04)**

The applicants are Russian nationals who were born in 1980 and 1979 respectively. They are of Chechen origin. Residing at the time in Tbilisi, where they had refugee status, they were detained for three hours at a police station in the course of a large-scale identity check operation conducted by the Georgian police on 7 December 2002 targeted at Russian citizens of Chechen origin.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 5. paras 1 and 2 (right to liberty and security) of the Convention. Each applicant received a compensation amounting to 500 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Dvalishvili v. Georgia  
(Judgment of 18 December 2012, application  
no. 19634/07)**

The applicant is a Georgian national who was born in 1984 and lives in the village of Gvishtibi. Arrested in December 2005 on suspicion of breaching public order, of which he was later convicted, he alleged that he had been severely beaten at the police department by three police officers, who had demanded that he confessed to having assaulted a taxi driver. Relying in particular on Article 3 (prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment), Mr. Dvalishvili complained of having been ill-treated with the aim of extracting a confession and alleged that the authorities had failed to conduct an effective investigation into his complaints.

The European Court of Human Rights found the violation of Article 3 (Prohibition of torture due to the failure to provide adequate medical assistance in prison. The Court ordered the payment of compensation in the amount of 12,000 euros. This is a Chamber's judgment.

**Case of Jeladze v. Georgia  
(Judgment of 18 December 2012, application  
no. 1871/08: Violation of Article 3 of the  
Convention (prohibition of torture) due to  
inadequate medical treatment of hepatitis in  
prison; compensation: 5,000 euros. This is a  
Chamber's judgment)**

# Disputes in Georgia Caused by the Termination of Employment Contract on Employer's Initiative 2007-2012

Year / Case	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Civil cases	26 812	19 958	22 612	31 167	33546	33 279
Labour cases	625	533	613	761	586	735
Labour cases %	2,33%	2,67%	2,71%	2,44%	1,75%	2,21%

## I. Introduction

Due to the politics of the liberal economy<sup>2</sup>, in 2006 new labor code was adopted by the Georgian Parliament which replaced the labor Code of the Georgian SSR adopted in 1973<sup>3</sup>. The Labour Code of Georgia (LCG)<sup>4</sup> has created in some way a free sphere of activity for the participants of the employment relationship. Some of the features of this code, such as the regulated labor market, simplified procedure for the termination of an employment contract or abolishment of labor inspection authority, as expected, were detrimental for the weaker party, i.e. the employee. In June 2013 labor law reform was carried out, which, according to explanatory note relating to the legislative project, aimed at balancing the interests of employers and employees. Change results and their impact on employee's rights will be evaluated afterwards. Former review is prepared on the basis of 2007-2012 labor code liberal provisions and established trial practice of the same period.

### 1. Statistical data

The above mentioned Labor Code, which has been called as one of the most hostile laws to the employees<sup>5</sup>, was known for the restriction of employee rights, simple procedures for dismissing an employee, disbanding strikes (For instance, the unlawful disbanding of the Kutaisi metallurgical factory workers' strike in 2011), etc. This code should have encouraged the protection of violated rights through judicial proceeding. To illustrate our point, let us examine the statistics<sup>6</sup> of the civil law cases and labor disputes conducted in the common courts in 2007-2011.

For the purpose of illustration let us consider the administrative cases arising from an employment relationship. For instance, in 2010 the courts received 973 cases that makes up 36,84% of the disputes relating to the lawfulness of an administrative act and 7,89% of total number of the administrative cases received by the court in 2010. In 2011 the courts received 643 cases in total arising from the employment relationships that makes up 26,93% of the disputes relating to the lawfulness of an administrative act and 3,85% of total number of the administrative cases received by the court in 2011.

### 2. Subject-matter of the labor disputes

The citizens mostly applied to a court after dismissal and the subject matter often was reinstatement and compensation of layoffs in civil as well as in administrative cases. The tendency of the employees to avoid protecting their rights through judicial proceeding while the employment relationship is still pending is really noticeable in these cases, which is caused by the prospect of dismissal without prior notice.

Some of the claims filed in recent years:

- claims for compensation of health injuries during the course of duty (within the total volume of disputes, injury claims come next to the disputes related to the reinstatement and layoffs. The courts are addressed with this claim more frequently after the other two);
- claims for compensation in place of unused vacation;
- dismissal due to closure or reorganization of an organization;
- claims for compensation of discriminatory treatment and other claims.

### 3. Overview of subject matter

As it has already been said, claims for reinstatement and compensation of layoff period were most frequently encountered among the labor disputes. Among them, particularly noteworthy were the disputes caused by unilateral termination of the contract upon employer's initiative, under Articles 37 i d) and 38 iii of the Labor Code<sup>7</sup>. The court

<sup>1</sup> LLM (Trier, Germany); doctoral candidate at the law faculty of Trier University, Germany.

<sup>2</sup> Papava, V. (2006), *The Political Economy of Georgia's Rose Revolution*, Orbis, Volume 50, Issue 4, p. 657–667.

<sup>3</sup> The new Labour Code enacted in 2006 (Law of Georgia N3132-Is) changed its status in 2010 and transformed from Georgian Law into the Georgian Organic Law (Organic Law of Georgia N4113-rs, 2010).

<sup>4</sup> Labour Code here as well as below means laws of 2006 as well as 2010 in the version applicable until 12 June 2013 unless the text indicates otherwise.

<sup>5</sup> Jobelius, Matthias, "Wirtschaftsliberalismus in Georgien – Verspielt die Regierung durch eine marktradikale Politik den Anschluss an Europa?" Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2010, S.5 ff.

<sup>6</sup> S. www.idfi.ge, S. also http://www.supremecourt.ge.

<sup>7</sup> Articles 37 i d) and 38 iii of the Labour Code (2010, standing 14.01.2013) is completely analogous to the articles 37 i d) and 38 iii of the Labour Code of 2006. Therefore, articles 37 i d) and 38 iii of the Labour Code of 2010 mentioned in the text mean also the articles 37 i d) and 38 iii of the Labour Code of 2006 unless otherwise determined.

practice about the above issue is the main subject of this examination.

## II. Tendencies in solving the disputes involving dismissal of an employee based on Articles 37 i d) and 38 iii of the Labor Code

Article 37 i of the Labor Code provides for the termination of an employment contract on the basis of lapse of employment term, violation of contractual provisions and other grounds. Article 38 states that a contract may be terminated upon the initiative of one of the parties. Besides, if this party is the employer, the employer may immediately terminate the contract and compensate the employee with a month's salary. Any additional conditions that govern this type of termination of employment, such as prior notice or providing reasons for the termination of employment, are not directly provided in the Code.

Wording in the Code regarding the termination of employment contract by one party was usually understood – as the case may be – by employers as a right to terminate the contract with the employee without offering a valid ground and without observation of the termination period.

In such situations, in case of dismissal, the only way of protecting the interests of the dismissed person was applying to the court for reinstatement and compensation of forced layoff period.

It is noticeable that the current Labor Code does not provide the possibility to reinstate a person or compensate forced layoff period<sup>8</sup>. That possibility was provided in the old Labor Code (adopted in 1973 as the Labor Code of Georgian SSR and was in force until 2006), the last version of which enabled the dismissed person to dispute the legality of dismissal and in case of satisfaction of his/her claim, request reinstatement and compensation for forced layoff period, i.e., for the period when he/she was not able to work, against his/her will. The current Law of Georgia "On Public Service"<sup>9</sup> also reserves the right for the person illegally dismissed from the public service to demand immediate reinstatement and compensation of forced layoff period. After amendments in May, 2011, the compensation amount is stipulated as not more than three month's salary (Articles 112, 127).

After 2006, the judicial approach to similar disputes has been mainly developed in two directions:

The abovementioned employers' interpretation of the law has been predominantly shared by the courts of first instance and the appeal courts. The great number of decisions have been substantiated on the basis of Articles 37 i d) and 38 iii of the LCG and these decisions usually

shared the opinion that termination of the employment contract without prior notice is subject to the validity of the contract and employer's simple will, and rejected the further examination of the legitimacy of the grounds for dismissal. We would like to present the following examples:

### 1. Court of first instance

A citizen applied to the Kutaisi City Court and claimed that his dismissal based on Articles 37 i d) and 38 iii of the LCG did not indicate the ground for dismissal. The subject of dispute was the abolition of an administrative act and the compensation of forced layoff period. The City Court did not share the plaintiff's opinion and stated that one of the grounds for termination of an employment relationship in accordance with Article 37 i d) was termination of an employment contract, and Article 38 especially provided the ground for termination of an employment relationship like dissolution of an employment contract. Therefore, in the opinion of the Court the plaintiff's argument that the employment contract has been dissolved unreasonably was illogical since the mentioned articles made the ground for dissolution and the Code did not provide any additional ground.

### 2. Appeal Court

A citizen applied to the Tbilisi City Court with a similar claim against his employer. The court of first instance partially satisfied the plaintiff's claim. However, the Appeal Court delivered a different opinion, which revised the appealed judicial decision. In particular, the Court considered that Article 37 i d) of the Labor Code was the legal ground for the employee's dismissal. Additionally, the Court paid special attention to Article 30 (2) of the Constitution of Georgia and explained that, in accordance with this paragraph, the state guarantees freedom of commercial activities and a competitive environment, which also means the right of an entrepreneur, pursuant to his/her main purpose, i.e., to generate profit, to choose his/her contracting party at his/her discretion, initiate and terminate an employment relationship with a person, etc. Based on the above view, the Court concluded that the employer as entrepreneur was entitled to terminate the employment relationship with an employee anytime depending on the company's objectives on the basis of Article 37 i d) of the Labor Code, and indication of the ground for dismissal in the termination order did not produce any legal effect<sup>10</sup>.

In this context, particular cases should be mentioned when the courts of lower instance even partially did not agree to the standard interpretation. For instance, in deal-

<sup>8</sup> For instance, see the decision of the Supreme Court of Georgia of 04.06.2008, as-873-1183-07; see also decision of Kutaisi Appeal Court of 26.11.2007, in decision of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia of 01.08.2008, as-87-367-08.

<sup>9</sup> 1997, N 1022 – Is, standing 14.01.2013.

<sup>10</sup> Decision of the Chamber of Civil Cases of Tbilisi Appeal Court of 15.05.2008, S. In the decision of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia of 21.01.2009, as-697-917-08.

ing with of one of the disputes, the appeal court thought that despite the Labor Code, which does not envisage the prior notification of the employee at the moment of termination of the employment contract, Article 4 (4) of European Social Charter must have been observed and the employee must have been notified in advance since the Charter as the treaty corresponding to the Constitution shall prevail over the internal statutory acts<sup>11</sup>.

Thus, as has been indicated, approaches of courts of first instance as well as of the appeal courts have been mainly developed in the following directions: the courts recognised that the law grants the possibility to unilaterally terminate the employment contract by the employer without prior notice to the employee and the employer's right to not provide any explanation for the termination of the contract. Consequently, they did not consider as necessary to examine the grounds for the termination of the contract.

### 3. Supreme Court

The abovementioned interpretation of the provisions that govern employment contract, at first glance, makes the application to the court by a dismissed person futile. At a certain point of time, the abovementioned opinion about the employer's right was shared by the Cassation Court as well. However, as a result of a decision adopted in 2010, the general situation had changed<sup>12</sup> and a different view had been developed. In its decision #as-1261-1520-09 (23.03.2010), the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court clearly stated the following: The requirement of Article 2 vi of the Labor Code, in relation to the protection of the fundamental human rights and freedoms, secures the right of the employee to be informed about his/her dismissal in case of the dissolution of the employment relationship initiated by the employer and to be notified of the ground for the dismissal so as to be able to protect his/her interest against illegality. Besides, the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court, simultaneously interpreting Article 30 (1) of the Constitution of Georgia, categorically disagreed with the interpretation of Article 37 i d) of the Labor Code, which is thought to provide the employer the unilateral right to dismiss the employee without any ground. In particular, the Chamber stated that under this Article of the Constitution, the freedom of labor is guaranteed, which means protection of the rights of the "weak" party, in this case employee's rights, by the state. The state that grants the freedom of labor to a person and ratifies the international provisions regulating the protection of employee rights (European Social Charter of

1961 (revised) Article 4.4<sup>13</sup>, Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 22 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948) shall also take care of protection of employee rights, and shall guarantee an appropriate legal regime. Article 37 i d) of the Labor Code provides the result of an obligatory relation between the parties and not its preconditions that must precede the result. Therefore, since the article does not provide such preconditions, the relationship must be regulated by the provisions of the Civil Code, as per part two of Article 1 of the LCG. In the opinion of the Supreme Court, such provisions are the articles of the Civil Code, which regulate the grounds for dissolution of a contract<sup>14</sup>.

In its decision of October 22, 2012, the Chamber of Civil Cases of the Cassation Court believes that there must not be an absolute, unlimited civil right and, under the Code, this right must be exercised lawfully. Even in case when dissolution of the employment contract by the employer takes place on the basis of the previously mentioned provisions, the court must not allow violation of fundamental human rights and freedoms guaranteed by the Constitution of Georgia. To ensure that, the court shall examine the lawfulness of exercise of the right, assess its preconditions and check the correctness of the parties' claims<sup>15</sup>.

It can be said that the Supreme Court standardized the different approach from the customary interpretation with regard to unilateral dissolution of the employment contract by the employer; however, the problem remains in the application of this approach in the courts of lower instance, which usually did not share the Supreme Court's opinions and preferred to decide the disputes in favor of the employer.

### 4. Constitutional Court

Since the adoption of the new Code, the above provisions of the Labor Code became several times the subject of revision by the Constitutional Court. For instance, the Second Panel of the Constitutional Court, in its decision #2/1/456 decision of 07.04.2009, rejected an action by which a citizen demanded the declaration of Article 37 i d) of the Labor Code as unconstitutional. The court explained that it was impossible to consider this provision as discretionary in case of dissolution of the employment contract by the employer because "the appealed provision does not regulate dissolution of the employment contract, procedure and preconditions for dissolution of the employment

<sup>11</sup> Decision of the Tbilisi Appeal Court of 17.09.2007, S. In the decision of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia of 10.06.2008 as-911-1218-07.

<sup>12</sup> Zaalishvili V., *Several methods of Termination of an Employment Contract*, in Labour Law Artciles, Tbilisi, p. 11-33.

<sup>13</sup> Because the Article 24 of the Charter, which specifically does not regulate the termination of employment, is not included in the list of ratified articles by Georgia.

<sup>14</sup> The same opinion regarding above provision of the Labour Code we can find in the decision of 20.07.2010 #as-138-113-2010 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court.

<sup>15</sup> Number of case as-1122-1053-2012, date 22.10.2012, Chamber of Civil Cases of the Supreme Court, similar – as-545-513-2012, October 5, 2012.

contract. The disputed provision is a part of the grounds for termination of the employment relationship and not a regulatory provision for dissolution of the employment contract.”

In this context, we would like to cite another unsuccessful judicial decision: on March 18, 2011, the Constitutional Court considered the constitutional action, case#2/3/465, submitted by a citizen in November 11, 2008. The subject matter of the dispute was conformity of Articles 37 i d) and 38 iii of the Labor Code (2006) to certain provisions of the Constitution, viz., part one (“Labor shall be free”) and 4 (“The protection of labor rights, fair remuneration of labor and safe, healthy working conditions and the working conditions of minors and women shall be determined by law”) of Article 30. It is notable that in 2007 the above provisions of the Constitution were interpreted by the Constitutional Court as providing constitutional guarantee for the right to choose, retain and assign work as well as protection against unemployment and the regulation that directly provides or enables ungrounded, discretionary and unfair dismissal<sup>16</sup>.

Before we proceed to the decisions, let us review the dynamic of the Labor Code and parts 2 and 6 of Article 13 of the Law of Georgia “On Constitutional Legal Proceedings” from the moment when a citizen applies to the Constitutional Court until the hearing on the merits of a case. The constitutional action has been received for hearing on the merits in June 9, 2009. At this moment, the Labor Code of Georgia (2006) was still in force. As a result of constitutional reform, in 2010 the Labor Code has been “stepped up” to the level of an organic law and transformed from Georgian law into Georgian organic law. However, the content of the code has actually not been changed, including the provision regulating the dissolution of the employment contract. During the period of taking up the case for hearing on the merits (2009) and the actual hearing on the merits (2011), part 6 of Article 13 of the Law of Georgia “On Constitutional Legal Proceedings” has been amended. Under the old wording, after taking up the case for the consideration of the merits, the abolishment of a disputed act or acknowledging it as ineffective did not result in the discontinuation of constitutional proceeding before the Constitutional Court if the dispute dealt with the rights and freedoms recognised by the Second Chapter of the Constitution. The new wording provides for the Constitutional Court’s authority to continue in such cases’ proceedings on constitutionality “where its determination is vital for securing the constitutional rights and freedoms”.

Despite the fact that parts i and iv of Article 30 of the Constitution are a part of fundamental human rights and freedoms recognised by the Constitution of Georgia, and without regard to the fact that the disputed provisions

apply unchanged to the Labour Code having the rank of organic law, the Constitutional Court did not consider it appropriate to continue the proceedings and examine the constitutionality of the abovementioned paragraphs of the Labor Code in order to assist in the elimination of the non-uniform court practice. The court stated that the Labor Code (2006) was ineffective at the moment of hearing of the case on the merits, together with the disputed provisions. The Court did not exercise the right to continue proceedings and concluded that there was no legal ground for continuance of the legal proceedings provided by part vi of Article 13 of the Law of Georgia “On Constitutional Legal Proceedings,” and dismissed the case based on the parts ii and vi of Article 13 of the Law of Georgia “On Constitutional Legal Proceedings.”

### III. Conclusion

The Labor Code of Georgia is a subject of permanent criticism since the date of its adoption, not only among the Georgian legal study groups but also in the reports of international organisations. As we have already indicated above, disputes and criticisms are also often found with regard to the main subject of Article 37 i d) and 38 iii of the Labor Code. The accepted interpretation of these articles is detrimental for an employee and the latter have to be involved in the long-term judicial proceedings to have his/her rights protected. Otherwise, he/she would have to agree with the employer’s decision and look for alternative employment, where his/her labor rights will still be unprotected.

Under part ii of Article 6 of the Constitution of Georgia, an international treaty or agreement shall take precedence over domestic statutory acts unless it contradicts the Constitution of Georgia or the Constitutional Agreement. Taking into consideration of this principle by the courts of lower instance, as well as compliance with the interpretation of the Supreme Court, would promote the development of the case law to a great extent and facilitate the regulation of a legal issue which is inadequately addressed by the law. However, this would still warrant the necessity of making amendments to the Labor Code.

Taking into account everything discussed above, and for the purpose of elimination of the non-uniform interpretation of the legal provisions, the necessity to fix the mentioned legal provisions and to harmonize with the Constitution and international treaties of Georgia was obvious.

Due to conducted labor law reform in June 2013,<sup>17</sup> regulation for employee termination has changed, namely: 1) According to the current edition of an article 37 of the Labour Code grounds for terminating labour agreements are deter-

<sup>16</sup> Decision of the Constitutional Court of 26.10.2007, 2/2-389.

<sup>17</sup> The current updated version of the Labour Code of Georgia available online under: <[https://matsne.gov.ge/index2.php?option=com\\_idmssearch&view=docView&id=1155567&impose=parallelEnRu](https://matsne.gov.ge/index2.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=1155567&impose=parallelEnRu)> (last downloaded 2014-04-29)

mined (for example: economic circumstances, technological, or organisational changes requiring downsizing; incompatibility of an employee's qualifications or professional skills with the position held/work to be performed by the employee), which have to serve as a basis for the employer's initiative to terminate labor contract. 2) According to Article 38 I, II of the Labour Code the obligation of the employer to notify the employee in advance has been determined. 3) According to Article 38 VII of the Labour Code, if employer's decision on terminating the labour agreement is declared void by the court, the employer shall be obliged, to reinstate the person whose labour agreement was terminated, or to provide the person with an equal job or pay compensation as defined by the court. As well an employee shall be fully remunerated for the downtime due to the fault of an employer (Article 32 I).

Mariam Osipyan<sup>1</sup>

## Comments on the Decision of Meltex LTD and Mesrop Movsesyan v. Armenia

### I. Introduction

*In a democratic society the right to freedom of expression is a crucial one. This right is guaranteed both nationally and internationally. Under Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR) everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions, and receive and impart information and ideas without interference by public authority regardless of frontiers. However, this Article does not prevent states from licensing broadcasting, television or cinema enterprises.*

*In this context, it is very important to analyze the case of Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia. The complainants, an independent broadcasting company and its chairman, had initially claimed that there had been a violation of the right to freedom of expression and the right to a fair trial. The European Court of Human Rights (Henceforth ECtHR or the Court) considering the factual circumstances of the case held that there had been no violation of the right to a fair trial whereas there had been a violation of the right to freedom of expression. As right to a fair trial is an omnibus provision, which has been described as 'a pithy epitome of what constitutes fair administration of justice',<sup>2</sup> we will discuss it more deeply.*

### II. The factual circumstances of the case, proceedings at the national level and outcome of the individual application lodged with European Court of Human Rights

The applicant company was established in 1995 and has its registered office in Yerevan. The second applicant, Mr. Mesrop Movsesyan, was born in 1950 and lives in Yerevan. The second applicant first became involved in TV broadcasting in January 1991 when he established the

A1+ television company, the first independent television company in Armenia. Initially, A1+ operated as a collector, producer and disseminator of news and information. Information was gathered from and sent to all districts of Armenia, as well as foreign television broadcasting companies via satellite communication. In 1994, A1+ acquired a state television licensed frequency on which it broadcast during assigned periods. In 1995 the second applicant established and registered the applicant company. The applicant company was set up as an independent broadcasting company beyond state control. Later the second applicant created the A1+ television company within the structure of the applicant company. On 22 January 1997, the applicant company was granted a license by the then Ministry of Communication permitting it to install a television transmitter in Yerevan and broadcast within the decimetric wave band via its A1+ television channel. The license was granted for a period of five years. In 2000-2001, legislative changes were introduced in the sphere of television and radio broadcasting. The Television and Radio Broadcasting Act, passed in October 2000, established a new authority, the National Television and Radio Commission (NTRC), which was entrusted with regulating the licensing and monitoring the activities of private television and radio companies. The NTRC was a public body composed of nine members appointed by the President of Armenia. The Broadcasting Act also introduced a new licensing procedure, according to which a broadcasting license was granted on the basis of a call for tenders conducted by the NTRC in respect of the list of available frequencies.

During 2001, all existing broadcasting licenses were temporarily re-registered by the NTRC until the relevant calls for tenders were announced. On 3 September 2001, the NTRC replaced the applicant company's license with a new license. The new license was granted for band 37 and was due to expire on 22 January 2002. On 23 November 2001, the NTRC decided to postpone the call for tenders for band 37 until the adoption of relevant rules and regulations and permit the applicant company to continue to operate on band 37 for an indefinite period of time until such call for tenders was announced.

On 28 December 2001, the National Television and Radio Commission Regulations Act (the NTRC Regulations Act) was passed.

Since 2002, several calls for tenders for broadcast bands had been conducted. Particularly, tenders for bands 37, 25, 31, 39, 51, 3, 63 and 56 had been conducted. Beginning from April 1, 2002, some proceedings concerning reasons for the refusal of the above bids had been institut-

<sup>1</sup> Practicing advocate, member of Advocates' Chamber of Armenia, legal officer at World Vision, Armenia

<sup>2</sup> Cremona J.(1990), *The public character of trial and judgment in jurisprudence of the European Court of Human Rights*, (eds.) Matscher F. and Petzold H., *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, Köln, p.107.

ed by the applicant company against the NTRC before the Commercial Court. The Commercial Court dismissed the applicant company's applications as unfounded. Almost in every case the reasoning for dismissal was the same. The applicant company had appealed the decision of the Commercial Court at the Court of Appeal as well as at the Cassation Court. The Court of Cassation dismissed that appeal, repeating verbatim the relevant findings of the Commercial Court and concluded that:

"In such circumstances the arguments raised in the appeal on points of law are unfounded because they are rebutted in detail by the findings contained in the Commercial Court's judgment."

The same situation was repeated in each court proceedings concerning refusals of tenders for different bands.

On 27 August 2004, Meltex Ltd and its chairman, Mr. Mesrop Movsesyan, lodged an application against the Republic of Armenia with the ECtHR under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The applicants sought from the Court to declare that their rights under Article 6 and 10 of the Convention as well as rights under Article 14 in conjunction with Articles 6 and 10 were violated. The second applicant was considered as having no standing before the Court. The Court, taking into consideration the factual circumstances of the case, provided the following statements concerning the violations of the rights under the Convention.

### 1. Alleged Violation of Article 6 of the Convention

The applicant company complained that in both sets of proceedings, the domestic courts had failed to deliver reasoned judgments. Furthermore, in the proceedings concerning the tender process for band 63, the Commercial Court had violated the principle of equality of arms. The applicant company relied on Article 6 § 1 of the Convention which, insofar as relevant, provides:

"In the determination of his civil rights and obligations ... everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal..."

Concerning the admissibility of the declaration sought regarding the violation of rights, the Court reiterated that Article 6 § 1 obliges the courts to give reasons for their judgments, but cannot be understood as requiring to provide a detailed answer to every argument. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision<sup>3</sup>. Taking into account the case-law of the Court, the Court considered this part of the application as being manifestly ill-founded and rejected in accordance with Article 35 § 3 and 4 of the Convention.

<sup>3</sup> See *Meltex v. Armenia*, Judgment of 17 September 2008, ECHR, Para 87

### 2. Alleged Violation of Article 10 of the Convention

The applicant company complained that the refusals to grant a broadcasting license amounted to the violation of its freedom of expression under Article 10 of the Convention under which everyone has the right to freedom of expression. In order to decide whether there was a violation of the right under Article 10, the Court had to decide the following issues:

1. *Whether there was an interference with the applicant company's freedom to impart information and ideas*

2. *Whether the interferences were justified*

The Court that examined the circumstances of the case, in parallel with the previous case-law of the Court, found that there had accordingly been a violation of Article 10 of the Convention.

### 3. Alleged Violation of Article 14 of the Convention in Conjunction with Articles 6 and 10 of the Convention

Lastly, the applicant company complained that the NTRC's decisions and those of the domestic courts had been politically motivated. It claimed that the NTRC was not an independent and impartial body since all its nine members were appointed by the President of Armenia<sup>4</sup>. The applicant company relied on Article 14 in conjunction with Articles 6 and 10 of the Convention which, insofar as relevant, provides:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as ... political or other opinion ..."

The Court notes that the applicant company did not raise the issue of the alleged political discrimination and the manner of the appointment of the NTRC's members in its application to the domestic courts. Hence, the Court found that this part of the application was manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 and rejected in accordance with Article 35 § 4<sup>5</sup>.

Besides the abovementioned demands, the applicants also sought compensation of pecuniary and non-pecuniary damages based on Article 41 of the Convention. On the subject of pecuniary damages, the Court considered that the claims for lost anticipated income are of a speculative nature (see, among other authorities, *Informations-verein Lentia and Others*, cited above, § 46; and *Radio ABC*, cited above, § 41). Furthermore, the Court did not discern any causal link between the violation found and the pecuniary damage alleged in connection with the loss of unused equipment. Finally, as regards the contractual income allegedly lost, that claim is beyond the scope of

<sup>4</sup> *Ibid.* para. 94

<sup>5</sup> *Ibid.* para. 95



the present application, since the latter does not concern the call for tenders for band 37 or any possible damage sustained as a result of that tender process. That issue, as already indicated above, is being examined by the Court in another application lodged by the applicant company and registered under no. 37780/02. Based on the above, the Court rejected the applicant company's claims for pecuniary damage<sup>6</sup>.

In addition, the Court reiterated that, if the rights guaranteed by the Convention are to be effective, it must necessarily be empowered to award pecuniary compensation for non-pecuniary damage also to commercial companies. In such cases, account should be taken of the company's reputation, uncertainty in decision-planning, disruption in the management of the company (for which there is no precise method of calculating the consequences), and lastly the anxiety and inconvenience caused to the members of the management team (see, *mutatis mutandis*, *Comingersoll S.A.*, cited above, § 35). The Court considered that the failure of the NTRC to apply the licensing criteria on each occasion in a manner compatible with Article 10, in particular its failure to give any reasons for its repeated denials of the applicant company's bids, must have caused frustration and uncertainty to the company's management team which cannot be compensated by the finding of a violation alone (see, *mutatis mutandis*, *ibid.*, § 36; and *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)*, cited above, § 57). The Court therefore, ruling on an equitable basis, awarded the applicant company EUR 20,000 towards of non-pecuniary damage<sup>7</sup>.

### III. The components of the right to a fair trial and application to the present case

One of the most important concepts articulated in the European Convention is guaranteeing the right to a fair trial which is stipulated in Article 6 of the Convention.

Article 6 is an omnibus provision, which has been described as 'a pithy epitome of what constitutes fair administration of justice'<sup>8</sup>. The rights protected by the Article occupy a central place in the Convention's system. A fair trial, in civil and criminal cases alike, is a basic element of the notion of the rule of law and part of the common heritage, according to the Preamble of Contracting Parties<sup>9</sup>.

The right to a fair trial has several components which will be discussed further.

#### 1. Access to the court

The Court first recognized this right in the *Golder* case in 1975.<sup>10</sup> In a clear application of the 'effective rights' interpretation technique, it held that the detailed fair trial guarantees under Article 6 would be useless if it were impossible to commence court proceedings in the first place. In order to guarantee the right to a fair trial, everyone shall be given an access to the court.

#### 2. Effectiveness of court proceedings

Another aspect that should be observed within the scope of the right to a fair trial is the effectiveness of court proceedings. Another fundamental aspect of the rule of law linked to the principle of access to court is that a final court judgment should be effective.

The non-execution of civil judgments appears to be an endemic problem in much of Eastern Europe, particularly in cases where the state is the judgment debtor. And there have been many judgments that found violations of Article 6 on this ground.<sup>11</sup>

The right to effective court proceedings also entails that once a civil judgment or a criminal acquittal has become final and binding, there should be no risk of its being overturned. Many former communist countries have retained in their codes of procedure the power that enables a state official, such as a prosecutor, to bring an extraordinary appeal at any time.<sup>12</sup>

#### 3. Equality of arms

The next important concept within the scope of a fair trial is procedural equality or 'equality of arms.' It was first mentioned in the *Neumeister* case,<sup>13</sup> and has been a feature of Article 6 (1) ever since. It requires a fair balance between the parties and applies to both civil and criminal cases.<sup>14</sup> In the current case, the applicants have claimed such component but the Court reiterated that it is the domestic courts which are best placed to assess the

<sup>6</sup> *Ibid.* para. 102

<sup>7</sup> *Ibid.* para. 105

<sup>8</sup> Cremona J. (1990), *The public character of trial and judgment in jurisprudence of the European Court of Human Rights*, (eds.) Matscher F. and Petzold H., *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, Köln, p.107.

<sup>9</sup> Ovey C. and White R.C.A. (2006), 4<sup>th</sup> edition, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, p.158.

<sup>10</sup> *Golder v. United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18; (1979-80) 1 EHRR 524.

<sup>11</sup> See among many examples, *Hornsby v. Greece* (App. 18357/91), Judgment of 19 March 1997; (1997) 24 EHRR 250; *Burdov v. Russia*, (App. 59498/00), Judgment of 7 May 2002; (2004) 38 EHRR 639; *Jasuniene v. Lithuania*, (App. 41510/98), Judgment of 6 March 2003; *Shmalko v. Ukraine*, (App. 60750/00), Judgment of 20 July 2004; and *Popov v. Moldova* (App. 74153/01), Judgment of 18 January 2005. In *Pini, Bertani, Manera and Atripaldi v. Romania*, (Apps. 78028/01 and 78030/01), Judgment of 22 June 2004; (2005) 40 EHRR 312, the Court found a violation where the State had not acted to enforce a judgment requiring a private children's home to hand children over to their adoptive parents.

<sup>12</sup> See, for example, *Brumarescu v. Romania*, (App. 28342/95), Judgment of the Grand Chamber of 28 October 1999; (2000) 33 EHRR 862; *Ryabykh v. Russia*, (App.52854/99), Judgment of 24 July 2003; (2005) 40 EHRR 615.

<sup>13</sup> *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Series A, No. 8; (1979-80) 1 EHRR 91.

<sup>14</sup> *Steel and Morris v. United Kingdom*, (App. 68416/01), Judgment of 15 February 2005; (2005) 41 EHRR 403; para. 59 of the judgment.

relevance of evidence to the issues in the case. Furthermore, Article 6 leaves it to them, again as a general rule, to assess whether it is appropriate to call witnesses (see, among other authorities, *Vidal v. Belgium*, judgment of 22 April 1992, Series A no. 235-B, § 33; and *Wierzbicki v. Poland*, no. 24541/94, § 45, 18 June 2002).

#### 4. Reasonable time

From the content of Article 6 it is clear that everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time. The applicants could have claimed this component of the right to a fair trial and may have succeeded but they have not done so.

#### 5. Reasoned decisions

And the last issue that should be discussed within the scope of the right to a fair trial is the concept of reasoned decisions. While not expressly required by Article 6, a reasoned decision is implicit in the requirement of a fair hearing, which has been recognized by the European Court.<sup>15</sup> If a court gives some reasons, then *prima facie* the requirements of Article 6 in this respect are satisfied, and this presumption is not upset simply because the judgment does not deal specifically with one point considered by an applicant to be material. On the other hand, if, for example, an applicant were to show that the court had ignored a fundamental defense, which had clearly been put before it and which, if successful, would have discharged him in whole or in part from liability, then this would be sufficient to rebut the presumption of a fair hearing.<sup>16</sup>

To sum up, compliance with specific rights set out in Article 6 will not alone guarantee that there has been a fair trial. It is not possible to state in the abstract the content of the requirement of a fair hearing. This can be considered only in the context of the proceedings on the whole, including any appealing proceedings.<sup>17</sup>

### IV. The grounds for applying to the ECtHR

Before discussing the grounds for applying to the ECtHR in a particular case, it is important to observe the grounds for applying to the ECtHR. First of all, one should have ‘standing’ to be able to apply to the ECtHR. The European Court’s standing and admissibility criteria are set out in Articles 34 and 35 of the Convention.

Under Article 34, the Court may receive applications from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of violation of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto by one of the High Contracting Parties. The High Contracting Parties undertake not to hinder the effective exercise of this right in any manner.

Article 35 of the Convention stipulates that the Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted according to the generally recognized rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.

In this particular case, the applicants had grounds for applying to the ECtHR as one of the admissibility criteria is *ratione materiae* (material jurisdiction). Under the material jurisdiction, the application can be lodged at the ECHR if one of the rights under the Convention is violated. In this case, the right to freedom of expression under Article 10 is violated. The Court also accepted that the right of the applicant under Article 10 was violated.

### V. Regulation of the issue in the South Caucasus

#### 1. Armenia

At the time of the case, the Constitution of Armenia guaranteed everyone’s right to freedom of expression. Article 27 of the Armenian Constitution stipulates that everyone shall have the right to freely express his/her opinion. No one shall be forced to recede or change his/her opinion. Everyone shall have the right to freedom of expression including freedom to search for, receive and impart information and ideas by any means of communication regardless of the state frontiers. Freedom of mass media and other means of mass communication shall be guaranteed. The state shall guarantee the existence and activities of an independent and public radio and television service offering a variety of informational, cultural and entertaining programs.

Under Article 28 of the Television and Radio Broadcasting Act of Armenia, public television and radio functions based on the principles of democracy, objectiveness, and impartiality provide freedom of speech and creativeness.

#### 2. Georgia

The Constitution of Georgia was adopted in 1995. Article 19 stipulates the following:

- “1. Everyone has the right to freedom of speech, thought, conscience, religion and belief.
- 2. The persecution of a person on the account of his/her speech, thought, religion or belief as well as the

<sup>15</sup> *Van de Hurk v. Netherlands*, Judgment of 19 April 1994, Series A, No. 288; (1994) 18 EHRR 481, para. 61 of the judgment. See also *Ruiz-Torija v. Spain*, Judgment of 9 December 1994, Series A, No. 303-A; (1994) 19 EHRR 553; and *Hiro Balani v. Spain*, Judgment of 9 December 1994, Series A, No. 303-B; (1994) 19 EHRR 566.

<sup>16</sup> Ovey C. and White R.C.A (2006), 4<sup>th</sup> edition, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, p.179.

<sup>17</sup> *Fedje v. Sweeden*, Judgment of 26 September 1991, Series A, No. 212-C; (1994) 17 EHRR 14; *Kostovski v. Netherlands*, Judgment of 20 November 1989, Series A, No. 166; (1990) 12 EHRR 434.

compulsion to express his/her opinion about them shall be impermissible.

3. The restriction of the freedoms enumerated in the present article shall be impermissible unless their manifestation infringes upon the rights of others.”

Moreover, the freedom of expression or freedom of speech is also articulated in the Georgian Law “On Broadcasting.” Particularly Article 1 of the Law stipulates:

- “1. This law stipulates the conditions for broadcasting regulation in accordance with the principle of free expression and free enterprise; defines the rules of establishment of an independent regulatory authority in the broadcasting sector and determines the terms and procedures for issuing licenses and reviewing complaints.
2. This law aims to establish an independent public service broadcaster, free from state intervention; to regulate activity in accordance with principles of transparency, fairness and impartiality, by means of an independent regulatory authority; to stimulate freedom of expression and a competitive environment between broadcasters; to provide equality and independence of license holders and efficient use of frequencies.”

### 3. Azerbaijan

The Constitution of the Republic of Azerbaijan also was adopted in 1995. The freedom of expression is guaranteed in the Constitution of Azerbaijan. Particularly, under Article 47:

- I. Everyone may enjoy freedom of thought and speech.
- II. Nobody should be forced to promulgate his/her thoughts and convictions or to renounce his/her thoughts and convictions.
- III. Propaganda provoking racial, national, religious and social discord and animosity is prohibited.

In addition, the Law of Azerbaijan Republic on Public TV-Radio Broadcasting stipulates that the purpose of public broadcasting is to ensure the interests of the population of the Azerbaijan Republic – the society as a whole and its different groups – in quality information, culture, education, entertainment and other fields, to prepare and disseminate information based on the concepts of freedom of speech and ideas, based on the balancing division, corresponding to high technologies and qualitative standards, respecting the dignity, rights and freedoms of people, and based on the principles of ethics.

## VI. The possible impact of the current decision

From the point of implementation of the freedom of expression, the decision of *Meltex case* has great importance not only for the countries of South Caucasus but

also for the rest of the countries. Particularly, the judgment of the ECtHR sets a crucial precedent for the countries where even though the freedom of speech is regulated by legislation but have issues in practice.

Even in such a democratic and developed country as the United States, there still exist problems concerning the realization of the freedom of expression. And it is not surprising that the Supreme Court of the US has written that this freedom is “the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom.” Without it, other fundamental rights like the right to vote would wither and die.

It is worth mentioning that within the framework of European Union, there exists a program called, “Promoting freedom, professionalism and pluralism of the media in the South Caucasus and Moldova.” The overall objective of the EU/CoE Joint Programme, “Promoting freedom, professionalism and pluralism of the media in the South Caucasus and Moldova” is to support the development of legal and institutional guarantees for the freedom of expression, higher quality journalism and a pluralistic media landscape in Armenia, Azerbaijan, Georgia and Moldova, in line with Council of Europe standards and as regards both traditional and new media. Such a fact means that there are still practical issues that need to be resolved in this sphere.

## VII. Conclusion

Observation of abovementioned information allows one to conclude that the freedom of expression is one of the main pillars of democracy. To build democracy in a country, each state should firstly guarantee the free realization of this freedom in practice. Each democratic country stipulates legislative guarantees for this freedom but, as a result of our analysis of this field, we could easily discover that artificial regulations have no sense as they have no impact on practice. As the Inter American Court of Human Rights wisely noted, “...it requires, on the one hand, that no one be arbitrarily limited or impeded in expressing his own thoughts. In that sense, it is a right that belongs to each individual. Its second aspect, on the other hand, implies a collective right to receive any information whatsoever and to have access to the thoughts expressed by others.... In its social dimension, freedom of expression is a means for the interchange of ideas and information among human beings and for mass communication.”<sup>18</sup>

Hence, let us have a real democratic society which will never need to protect fundamental human rights as they would never be violated.

<sup>18</sup> Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion, OC-5/85 of 13 November 1985, Series A, No. 5, para. 30-2.

## The Strange Fate of a Claim

### I. Factual circumstances

The limited liability company “A” was established by five founders in the beginning of 1992, and was re-registered in January 1996. On March 15, 1996, one of the founders, D.D., applied for leaving the company and declared that he would have no (financial) claims towards the company’s remaining partners. By a resolution of the shareholders’ meeting held on March 15, 1996, D.D. was removed from his position as one of the directors of the company. On April 4, 1996, following an application by company “A,” the company was re-registered, at the time of which D.D.’s name was not indicated on the list of the company’s founders, and the shares in the company were redistributed between the remaining founding members. Amendments were made to the entrepreneurial register accordingly.

In 2008, i.e., after a gap of 12 years, D.D. brought an action demanding the invalidation of the minutes of the shareholders’ meeting held on March 15, 1996, his restoration as one of the founders of company “A”, and restoration of his shares in the company. Before the Court, he denied signing the application, dated March 15, 1996, to leave the company. The Court requested for an expert examination of the authenticity of the signature on the said application. The expert examination confirmed that the signature on the document was D.D.’s.

The respondent, company “A,” did not acknowledge the claim due to statutory limitations and legality of the registration of D.D.’s exclusion from the company.

Subsequently, as the result of a three-tier examination and five decisions, D.D. succeeded in his claim and his status as one of the founders of the company and the ownership of 20% of the company’s property were restored.

### II. Legal analysis

The following two major issues were to be decided by courts: firstly, if there were statutory limitations on bringing the action; and, secondly – in case a court ruled out statutory limitations – whether the claim was well-founded, in particular, the claim for declaring the partner’s expulsion from the company as illegal and for restoring his title to the property.

*Limitations on bringing an action are governed by Article 15.1 of the Law of Georgia on Entrepreneurs<sup>2</sup> (as of March 26, 2008), under which the time limit for lodging a claim is five years. This period starts from the moment of a claim arises unless the law provides otherwise; furthermore, under Article 15.2, resolutions adopted at general meetings, shareholders’ or supervisory council’s meetings can be appealed within two months after drawing up the minutes.*

*More general provisions about limitations are laid down in Article 130 of the Civil Code of Georgia, under which limitation period begins to run from the moment a claim arises, or from the moment a person learns or should have learned about the claim.*

Based on the available facts, D.D. wrote an application to leave the company in his own handwriting, as the result of which he was excluded from the company. On April 4, 1996, a new statute of company “A” was registered in the Company Register of Vake District Court. Under the new statute, D.D. was no longer a founder of the company and his shares were redistributed between other shareholders. Even if it were assumed that in 1996 D.D. was not aware of the fact of his exclusion from the company or he did not receive clear confirmation of this fact, still, in the course of next twelve years, he would have had an infinite number of opportunities to verify his status. There is no evidence indicating that during this entire period, until December 2007, he participated in the company’s activities, of which he was one of the founders according to his own statement, in some manner. The fact that in all these years D.D. did not become aware of his exclusion from the company only proves his disinterest in the membership of company “A” and that he did not realize his exclusion due to his own omission (see, in more details below III.1.1)). Thus, under all the effective legal provisions governing the limitations in Georgia and the undisputed facts of the case, the claim of D.D. expired both under Article 15 of the Law of Georgia on Entrepreneurs and Article 130 of the Civil Code of Georgia.

Even if the claim had not expired, in the light of factual circumstances, a court could have applied the principle of *estoppel*, which has a broad application in the judicial practice of Germany, for example (“*Verwirkung*”<sup>3</sup>). It is based on the principle of good faith in civil turnover provided in § 242 of the German Civil Code, which corresponds to Article 361 of the Civil Code of Georgia and to the similar interpretation of civil law provisions to be found in jurisprudence of many years. In particular, *estoppel* has been so construed that a creditor cannot assert a claim if he or she failed to raise the issue within a certain period of time,

<sup>1</sup> Expert of International Migration and Development Center, Institute for Administrative Sciences at Tbilisi State University.

<sup>2</sup> Law of Georgia on Entrepreneurs, Tbilisi, 2002, p. 31.

<sup>3</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, § 242, Rdnr. 87.

after which a debtor legally expects that the claim would not be asserted in the future.<sup>4</sup> This legal principle stems from the contradictory behavior of a creditor that goes counter to the principle of good faith in a civil turnover, “venire contra factum proprium”; in this case, D.D.’s inaction and his failure to assert the claim for many years qualifies for such a behavior. The limitations period should have been calculated from the moment D.D. was expelled from the company and the amendment was entered in the register. The application of the above principle by the courts could have led them to the conclusion that D.D. was now estopped from raising this claim before judicial authorities.

In principle, examination of the case by the Court should have been concluded at this point, and the validity of the resolution of the shareholders’ meeting should not have been subjected to scrutiny at all.

## 2. Exclusion of the shareholder from the company

On March 15, 1996, the shareholders’ meeting decided to dismiss D.D. from the position as a director of the company, which is confirmed by the minutes. On April 4, 1996, the company’s shareholders applied to the Vake District Court for the registration of the amendments made to the company’s statute based on the minutes of the shareholders’ meeting, and, based on the application made by D.D., to strike him off the list of the company’s partners. The Court registered the amendments made to the company’s statute to the effect of dismissing D.D. as one of the founding partners of the company and redistributing the shares to other shareholders.

It is noteworthy that there are two sets of minutes of the meeting of March 15, 1996. The first set of minutes recorded in the register comprises only the dismissal of D.D. from the position as one of the company’s directors and the appointment of a new director. The second set of minutes, presented by the company’s shareholders, proves the adoption of the resolution regarding striking out D.D. from the list of the company’s partners as well. It is interesting that D.D. requested the declaration of this “second” set of minutes as null and void. This clearly proves that he was aware of the minutes and indirectly acknowledged its authenticity.

## III. Judicial decisions

### 1. Decision of the court of first instance

The court of the first instance<sup>5</sup> partly upheld the claim. While it rejected the claim for the invalidation of the minutes of March 15, 1996 concerning the exclusion of D.D. from the company, the court upheld the claim for D.D.’s

restoration as the company’s founder and the title to 20% of the company’s capital.

In its reasoning, the court observed that the provisions of the Law of Georgia on Entrepreneurs (as of March 26, 2008) were not followed in terms of giving up the partnership of the company and disposing his shares. In other words, while the partner expressed his will to leave the company and not to bring any substantive claims against other shareholders, this expression of will did not result in his “automatic” exclusion from partnership. It is unclear why the question of automatic exclusion was brought up by the court as D.D.’s application was notarized on April 3 and on the next day it was entered in the company register by a competent court. Thus, these facts demonstrate the acceptance of the expression of will and the subsequent registration of the amendments to the company’s statute by the Vake District Court, under which D.D. was no longer a partner of the company, and his shares were redistributed among other partners. With reference to Articles 47.3 and 46.3 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, the court’s reasoning is based on the following:

1. the first set of the minutes of the partners’ meeting related only to the dismissal of D.D. from his position of the company’s directorship and not striking him off the list of the founders. The said minutes, therefore, could not serve as the basis for his exclusion from the company and for making the corresponding amendment in the register;
2. there was no specific contract concluded between the partners on disposing of the shares. The court maintained that disposing of a share had to be carried out only on the basis of the resolution of partners’ meeting provided there was a specific contract on the disposal of the shares. As there was neither, exclusion of D.D. and redistribution of his shares occurred in violation of law.

Under Article 46.3 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, disposing of shares, which in principle means that a respective contract is concluded, must be notarized.

The court did not wish to consider the exclusion of the partner in the context of the handwritten application of D.D. as an expression of his will. Furthermore, the court amply argued, on two pages, about the invalidity of the redistribution of the partner’s share among other shareholders invoking the provisions of Commercial and Civil Law and eventually came to the conclusion that since there was no notarized contract between the partners on the disposal of shares and their redistribution between the shareholders, the impugned transaction had to be declared invalid. However, in our view, the facts pointed out by the court and the claimant present the situation existing at the time of the registration in the following way:

- 1) D.D. did not want to be a part of company “A” (neither did the other partners) and he expressed this desire

<sup>4</sup> See also Bölling H. and Chanturia L. (2003), *The Method of Work of the Judge in Civil Procedure*, Tbilisi, p. 174, footnote 16.

<sup>5</sup> Decision no. 2/1158-2010 adopted by Tbilisi City Court on September 30, 2010.

in writing in his application dated March 15, 1996, which, as it was verified later, during the appeal proceedings, was notarized on April 3, 1996, i.e., the day before the application to the Vake District Court concerning the registration of the amendments to the company statute;

- 2) this expression of will was accepted by the shareholders as they jointly submitted the above-mentioned application to the court;
- 3) all the above-mentioned actions can be considered to be a joint contract of the partners of company "A", concluded with regard to amending the company's statute, i.e., exclusion of shareholder D.D. from the company and redistributing his shares;
- 4) finally, the Vake District Court, which carried out the registration, clearly recognized all the submitted documents to be in compliance with the requirements of registration and made the corresponding amendments to the company's statute.

The claimant has never maintained that either he or the Vake District Court was coerced or any other acts on the side of the rest of the partners gave rise to any misgivings regarding their legality.

Following the formal requirements of law, it was only after the consideration of the validity of DD's exclusion from the company that the court turned to the issue of statutory limitations. D.D.'s claim is in principle based on the allegation that he was not aware of his exclusion from the company "A" as *he had never applied for leaving the company and that the signature on the application of March 15, 1996 (which was notarized on April 3, 1996) was not made by him* and therefore it was fake. Only under these pretexts could a person with common sense claim that he was unaware of the fact.

However, the court-mandated expert examination confirmed the authenticity of the signature of D.D. which must mean that his claim was not arguable any more. Thus, as it is proved, D.D. himself manifested in writing his desire to leave the company. Even if he subsequently did not follow up on his application to leave the company, he had to assume that the exclusion was effective. Or in case of doubt, he should have made efforts to verify whether despite his application he still remained a partner and maintained the title to the shares in the company.

Even without the unambiguous confirmation of the signature of D.D. on the application, and even if the acts of his exclusion from the company, the redistribution of his shares and registration of amendments in the register were carried out in violation of law, taking into account the terms of statutory limitations and strong presumption in favor of accuracy of register records, it is highly unlikely that after 12 years the claim would still be arguable. The possibility to extend the validity of a claim arises only with the existence of conditions under Articles 81-84 of the Civ-

il Code of Georgia (transaction by deception) or Articles 85-89 (transaction by coercion). In such a scenario, the deadline to challenge the transaction would be one year from the date a person becomes aware of the reasons to contest a transaction. However, in the present case, the claimant did not make any allegations of either deception or coercion in his claim.

Surprisingly, despite the fact that it was confirmed that D.D. manifested in express terms his desire to leave the company and forfeited all future claims, the court, tried to present the claim as still arguable. The court maintained that D.D. did not have to learn whether he was still registered as a partner of company "A". The fact that he mentioned his membership in company "A" in his tax declaration of 1999-2000 satisfied the court that D.D. did not know he was no longer a partner (the court did not look into the fact that D.D. had not mentioned his affiliation with company "A" in his tax declarations of 1996-1998). The court's another argument in the claimant's favor was that D.D. never demanded payment of outstanding dividends as the company had no profit. Eventually, the court pointed out that limitations period starts to run from March 28, 2008, i.e., the day when D.D. received an answer to his inquiry addressed to the director of the company "A". He was notified that he was no longer on the list of company's shareholders.

Thus, the court upheld the claim. The court however did not meet the claimant's request to declare the second set of minutes of the meeting of March 15, 1996 invalid because the court believed that doing so was not in the legal interest of the claimant.

## 2. The Decision of the Court of Appeal of February 14, 2011<sup>6</sup>

The Court of Appeal left the decision of Tbilisi City Court intact and in its reasoning tried to consolidate the argument of the first-instance court with the following observations:

- 1) the court pointed out that since D.D. signed the application of March 15, 1996 to leave the company in the presence of a notary only on April 3, the statement of the respondents that amendments to the statute were carried out on the basis of the resolution of shareholders' meeting is incorrect. At the same time, the company's representative indicated that amendments of the statute were carried out on the basis of the statement of D.D. This contradiction likely played a very important role and was used by the court as a powerful argument against the respondents.
- 2) another important consolidation of the reasoning of the first instance court was the statement of the Court of Appeal that as the application of D.D. to

<sup>6</sup> Decision of Tbilisi Appeal Court no. 2b/3897-10.

leave the company and forfeiture of future claims was addressed to the registration court, instead of the company, this expression of will was not directed to the addressee of will and therefore it was not accepted by the other party. Hence such a will is invalid.

- 3) with regard to the limitations, the Court of Appeal repeated in principle the argument of Tbilisi City Court and added that the burden of proof of expiry of the claim was on the respondents. The court found that “the fact that the claimant applied to a court about leaving the company did not oblige him to regularly check the register, and verify whether his application resulted in certain changes in his status since the expression of will made by him was not addressed to a competent authority and therefore he was not obliged to expect any consequences.”<sup>7</sup>

It is noteworthy that nowhere it was claimed by D.D. that he assumed that he was still a partner, because he did not dispatch his letter to a competent authority, and therefore he did not check the register. To the contrary, the claimant disputed the existence of this application and his signature on it. The court decided to be of assistance and on its own initiative “helped” him with this argumentation. It turned out that D.D. merely joked about his letter, did not take his own application seriously and did not await any results from it, even though he also had it certified by a notary two weeks after signing...

### 3. The Decision of the Court of Cassation of September 6, 2011<sup>8</sup>

The Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia in its decision of June 9, 2011 “partially” upheld the cassation claim and annulled the decision of the Court of Appeal and remitted the case for revision to the Court of Appeal.

The Cassation Chamber noted that under Article 412 of the Civil Procedural Code of Georgia<sup>9</sup>, the case shall be remitted for revision if “... the factual circumstances of the case are established in such violations that a wrong decision is reached and additional examination of the factual circumstances of the case is necessary<sup>10</sup>.”

Under the findings of the Court of Cassation:

- 1) the Court of Appeal did not properly consider the so called second set of minutes of the meeting of March 15, 1996, the existence of which was not disputed by the parties. The Cassation Chamber shared the opinion of the appellants and considered that the fact that the minutes did not appear in the register did not lead to its invalidity, and pointed out the need for a

more detailed examination of this issue by the Court of Appeal.

- 2) the Cassation Chamber disagreed with the Court of Appeal that the expression of will by D.D. regarding leaving the company, expressed before the registration court, was invalid. It noted that the Court of Appeal had to consider that the application of D.D., submitted to the court on March 15, 1996, to leave the company, the first set of minutes of the shareholders’ meeting of March 15, 1996 and the shareholders’ application for the amendment of the charter were notarized on the same day, April 3, by the same notary and therefore all these circumstances should have been considered in the same context. Besides, there was no proof that the will manifested by D.D. was in any way rejected by the other party.
- 3) and finally, the Cassation Chamber indicated the necessity of revision of the limitations to the Court of Appeal and reiterated the statement of the Court of Appeal that the burden of proof was on the respondents.

### 4. The Second decision of the Court of Appeal

The Court of Appeal (with the same composition) in the decision of October 11, 2011<sup>11</sup>, left its decision intact.

*As an explanation: under Article 412.2 of the Civil Procedure Code of Georgia (“remittance of the case to the Court of Appeal”), “... in the form of reasoning of its decision the Court of Cassation presents its legal assessment which shall be obligatory for the Court of Appeal ...”*

Accordingly, the instruction of the Court of Cassation clearly implied that the Court of Appeal had to additionally examine three questions (see above III.3) and to change its opinion, or prove its correctness:

- 1) Regarding the validity and the role of the second set of minutes, the court again repeated its argument that D.D. signed his application to leave the company as a shareholder only on April 3, 1996 and again amply argued that this application could not serve as a basis for the resolution of the meeting of March 15, 1996. The only explanation added was that in the minutes it was indicated that the dismissal of D.D. occurred due to his inability to fulfill his duties and not on his own accord. However, judging by the facts of the case, it is obvious that both reasons were present.

According to the court’s statement, the sequence of the notary acts carried out on April 3, 1996 suggest that the signature on the shareholders’ application to the court regarding the registration of amendments of the charter was certified before D.D. signed his application to leave the company, i.e., before the expression of will of D.D. How-

<sup>7</sup> P. 24 of the decision referred above.

<sup>8</sup> <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>, May 05, 2013.

<sup>9</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge), date May 05, 2013.

<sup>10</sup> P. 24 of the decision referred above.

<sup>11</sup> Decision of Tbilisi Appeal Court no. 2b/2036-11.

ever, the court did not support its statement by any means and did not explain how it established this sequence as all these acts were performed in one day at the same notary. It is unclear how the court established the sequence of attestation of signatures by the notary. The court here did not consider, for example, the possibility of the subsequent consent under Article 101 of the Civil Code of Georgia. “Subsequent consent approval operates retroactively from the moment when the legal transaction was undertaken unless provided otherwise” and ought to be applied in relation to the subsequent signing of the application by D.D. to leave the company as a shareholder.

It is obvious that at this time, on April 3, 1996, all shareholders including D.D. approved the fact of his leaving the company. Especially, under Article 47.7 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, “convening the meeting shall not be obligatory if all shareholders agree with the issue under consideration in writing.”

2) With regard to the invalidity of the will, the court practically repeated the statement that the will was not addressed to the competent authority and consolidated it with the reference to Article 51 of the Civil Code. Under the first part of Article 51, “a transaction that requires a receipt shall be effective from the moment when it reaches an addressee.” It is clear that a will only needs to become known to another party and it does not require an express confirmation by the party of the acceptance of the will. Above all, there is no requirement here that a will has to be surely addressed to the other party. In this particular case of company “A,” we not only conclude that the will of D.D. was known to the company “A’s” partners; we **know** for certain that it reached them and they accepted it. The Appeal Chamber even invoked the second part of Article 51.2 (“expression of will shall not be considered to be effective if another party rejects it in advance or simultaneously”) and observed that since D.D. sent his application to a court, instead of addressing it to the company, it had to be assumed that the other party **refused to accept** the expression of will and therefore the latter was invalid.

3) Regarding the limitation of action, the Appeal Chamber merely repeated its argument from the previous decision and once again referred to the tax declarations of 1999 and 2000 filled by D.D., in which he indicated his membership in company “A.” Again, the respondents’ arguments that D.D. did not indicate his membership in his 1992-1996 tax declaration were not rebutted, and the question why in the declarations of previous years D.D. did not indicate the membership in the company was not considered.

Thus, the Court of Appeal in principle did not add any new evidence or presented new convincing arguments

in the reasoning of the decision adopted on February 14, 2011 and left the previous judgment intact. This way, the court failed to follow Article 412 of the Civil Procedure Code of Georgia<sup>12</sup>, which obliges the Court of Appeal to comply with the reasoning of the Court of Cassation.

### 5. Final decision of the Court of Cassation

The decision of the Court of Appeal was once again referred to the Court of Cassation. The Cassation Chamber (the same composition, except for being presided by a different member of the Chamber) in its decision no. AC-1791-1768-2011<sup>13</sup> of February 28, 2012, outlined the facts of the case, the arguments adduced by the parties, and the reasoning of the Court of Appeal. The Cassation Chamber **dismissed** the claim reasoning that there had been *no such procedural violations that could give rise to wrong outcome of the case*. It seems that the case was remitted the first time to the Court of Appeal *on the account of procedural violations* and after the adoption of the same decision by that court, without any considerable changes in its reasoning, the Supreme Court dismissed appeal reasoning that *the case was not considered with violations*. This was the end of the proceedings as the decision of the Cassation Chamber is final and not subject to review.

## IV. Instead of Conclusion

Despite the examination of all the five decisions adopted in the three-tier judicial proceedings, it is still unclear what led the court to pronouncing itself in somewhat dubious and contradictory ways with regard to the legal issues before it. There are, probably, some motives of fairness, which induced the judges at all three instances to take D.D. under their protection and seek the ways of justifying his claims, at the same time ignoring to a certain degree not only the principle of adversarial proceedings in civil law procedure, but the ordinary rules of logic as well. These motives, however, are not given in express terms in the decisions discussed above.

Here, one more remark is in order. Right before the first instance court, it was established by the court-mandated examination by independent experts that the signature (whose authenticity was contested by D.D.) on the application, which practically is the main document in the case file, actually belonged to the claimant. This is a clear attempt of a party to mislead the court.

Article 370 of the Criminal Code of Georgia<sup>14</sup> penalizes perjury committed by a witness, premeditated false reporting by an expert, and intentional inaccurate interpretation by an interpreter. Article 145.2 of the Civil Procedure Code

<sup>12</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_Idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_Idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge), date May 5, 2013.

<sup>13</sup> <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>, date May 5, 2013.

<sup>14</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_Idmssearch&view=docView&id=16426&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_Idmssearch&view=docView&id=16426&lang=ge), date May 05, 2013.



of Georgia<sup>15</sup> provides for the duty of giving true testimony and criminal liability of a witness for perjuring him/herself. Unlike § 263 of the Criminal Code of Germany, there are no provisions in Georgian legislation on the responsibility of a party attempting to mislead a court. It is, however, would be logical that similar to a perjuring witness, expert and interpreter, the party trying to mislead a court has to bear responsibility as well.

There are a fair number of cases in the jurisprudence of German courts, for example, where a judge adjudicating on a lawsuit refers the case of deception of a court by a party to the prosecutor's office. However, in the present case, none of the three courts did that although in all five decisions the result of the examination of D.D.'s signature by an expert and confirmation of falseness of his statement was reiterated. This fact was passed for an ordinary occurrence and did not entail any ramifications for the claimant, neither in the context of this civil case nor in terms of criminal responsibility.

---

<sup>15</sup> [https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge), date May 05, 2013.

## A More Proactive European Court of Human Rights? General and Individual Measures for Violations of Article 6 (1) of the ECHR – Case of Oleksandr Volkov v. Ukraine (Application no. 21722/11) Judgment of 9 January 2013

### I. Introduction

In the recent case of *Volkov v Ukraine*, the European Court of Human Rights (the Court or ECtHR) addressed one of the central elements of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), the principle of an independent and impartial tribunal. In the case under review, the applicant Oleksandr Volkov was a judge of the Ukrainian Supreme Court. He was dismissed from his post by the disciplinary organ of the Ukrainian Judiciary, the High Council of Justice (HCJ), because of certain procedural violations allegedly committed by him while still in office. Initially, two members of the High Council of Justice conducted preliminary enquiries into the applicant's conduct and subsequently requested the High Council of Justice to dismiss him for "breach of oath" and a number of procedural violations. In May 2010, the HCJ made submissions to the Parliament to have the applicant dismissed from his post. A parliamentary committee adopted a recommendation requesting the applicant's dismissal, which was considered at a plenary meeting of the legislature in June 2010. Finally, the Ukrainian Parliament issued a resolution dismissing Mr. Volkov from his post for "breach of oath."

The applicant challenged his dismissal before the High Administrative Court of the country (HAC) claiming that a number of procedural guarantees had been violated in the disciplinary proceedings against him. He claimed, among others, that the High Council of Justice "had not acted independently and impartially (para 29)." However, the High Administrative Court found that Mr. Volkov had been dismissed "for a breach of the fundamental standards of the judicial profession" (para 34) envisaged in the Ukrainian Law of 1992 on the status of judges. The HAC did not share the view of the applicant, according to which important procedural guarantees had been violated while deciding his case in the High Council of Justice.

Mr. Volkov filed a complaint with the European Court of Human Rights claiming that his rights guaranteed by the ECHR were violated. In particular, he argued that his right to an independent and impartial court guaranteed by Article 6 (1) was violated.<sup>1</sup> The Court found a violation of Article 6 and ordered individual and general measures to remedy that violation. According to the Court, the Ukrainian judge had to be reinstated in the post of a Supreme Court judge. Moreover, the Ukrainian State had to adopt general (legislative) measures that were necessary in order to eliminate certain institutional deficits within the system of judiciary that caused the violation of Article 6 of the Convention. Thus, the Court determined that the proceedings before the HCJ had been unfair; there was no time limit set for initiating disciplinary proceedings against a Supreme Court judge and this caused legal uncertainty in this area. Furthermore, the Court also questioned the compatibility of the Council's composition and powers with the principle of an independent and impartial tribunal under Article 6 of the Convention.

The case under review may be of special relevance to the Georgian lawyers. The principle of judicial independence and impartiality remains at the centre of attention of the legal community in Georgia (and other South Caucasian states) as well as under continuous review by the community of states and international organizations that are involved in the current transformative processes in the region.<sup>2</sup> National reforms have been implemented and international recommendations have been adopted to improve the structure of the judicial system and to ensure its independent and effective functioning according to the principle of the separation of powers.<sup>3</sup> However, persisting institutional drawbacks as well as the continuous threat of political interference in the activities of the judiciary remain a problem.<sup>4</sup> The current debate in Georgia

<sup>1</sup> Article 6 (1) states that "in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law."

<sup>2</sup> See, for example, the Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, 30 June 2011, CommDH(2011)22. See the recent draft of amendments to the Georgian Law on General Courts: European Commission for Democracy through Law, Amendments to the Organic Law of Georgia on General Courts and Explanatory Report, CDL-REF(2012)045, 17 December 2012. On the recent mission of Mr. Hammarberg to Georgia see <http://www.radiotavisupleba.ge/content/tomas-hamarbergis-misia/24919604.html>; see also, <http://www.radiotavisupleba.ge/content/veneciis-komisiis-daskvna/24922908.html>;

<sup>3</sup> See, for example, Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia, available at <http://www.osce.org/node/73487>. See also the Bangalore Principle of Judicial Conduct, ECOSO 2006/23.

<sup>4</sup> In 2011, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe expressed his 'reservations regarding the approach whereby presidential and parliamentary appointees in the High Council of Justice can block judicial appointments by exercising their veto power.' He pointed out that 'more should be done with a view to securing the political independence of the High Council of Justice in practice.' Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, 30 June 2011, CommDH(2011)22, para 35.

on the reformation of the High Council of Justice proves as much.<sup>5</sup>

This short contribution aims to focus on the expanding remedial powers of the European Court of Human Rights, and derive some consequences for the judiciary in Georgia as regards its future structural and institutional development.

## II. The Court's position in Volkov

Against the factual background discussed above, the Court reviewed the relevant domestic law (paras 56-77) and Council of Europe standards (paras 78-80) on judicial independence and impartiality.<sup>6</sup> In the next step, the Court has dealt with an alleged violation of Article 6 paragraph 1 of the Convention (paras 83-159), which entitles "everyone ... to a fair and public hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law." While dealing with the issue of judicial independence under Article 6 (1), the Court referred to its well-established case law<sup>7</sup> and decided to examine the closely linked concepts of judicial independence and impartiality together (para 107). First, the Court examined whether the state bodies determining the applicant's case satisfied the test of independence and impartiality as developed in the jurisprudence of the ECtHR. At the first stage of internal disciplinary proceedings, those bodies included the High Council of Justice (HCJ), which made a submission to the Parliament to dismiss the applicant from the post of judge (paras 109-117), and the parliamentary committee, which drafted and submitted a recommendation requesting the applicant's dismissal from the plenary session of the Parliament (paras 119-122). Furthermore, the Court also examined as to whether the High Administrative Court that reviewed the decision on the applicant's dismissal constituted an independent and impartial tribunal within the meaning of the Convention (paras 123-131).

Having set out its legal and analytical framework, the Court first examined the composition of the HJC and emphasized that the both branches of powers – the executive and the legislature – appointed the majority of 20 members of this body; from those 16 members who decided the case of the applicant, only three were judges. This was, according to the Court, in contravention to the principle of judicial independence and impartiality. Moreover, the Court pointed out that several members of the HJC "continue to work outside the HJC ... which inevita-

bly involved their material, hierarchical and administrative dependence on their primary employers and endangers both their independence and impartiality (para 113)." The Minister of Justice and the Prosecutor General were the *ex officio* members of the said body. In this context, the Court referred to the opinion of the *Venice Commission*,<sup>8</sup> which considered the presence of the Prosecutor General on HJC as problematic, creating a threat to judicial impartiality (para 114).<sup>9</sup> The Court also doubted the impartiality of the HJC members, who conducted preliminary enquiries and subsequently participated in the dismissal proceedings (para 115).

Furthermore, the Court emphasized the possible personal bias on the part of the chairman of the parliamentary judicial committee, who was also a member of the HJC (para 116). The Court concluded that "[t]he facts of the present application disclose a number of serious issues pointing both to structural deficiencies in the proceedings before the HJC and to the appearance of personal bias on the part of certain members of the HJC determining the applicant's case." As a result, the proceedings before the HJC had not been compatible with the principle of independence and impartiality under Article 6 (1) of the ECHR (para 117).

The Court further examined the issues of independence and impartiality at the parliamentary stage, which, according to the Court, "only served to contribute to the politicization of the procedure and to aggravate the inconsistency of the procedure with principle of the separation of powers (para 118)." The Court questioned the impartiality of two members of the parliamentary committee, who were involved in both the stages of the proceedings. There was no possibility of withdrawal for those members of the HJC, which, in the Court's view, pointed to "the lack of appropriate guarantees for the proceedings' compliance with the test of objective impartiality (para 120)." The Court noted that the plenary meeting of Parliament, at which the findings of the HJC and the parliamentary committee were approved by a resolution, was not "an appropriate forum for examining issues of fact and law, assessing evidence and making a legal qualification of facts (para 122)."

Further, the Court examined whether the High Administrative Court (HAC), where the applicant submitted a complaint regarding the violations of his procedural guarantees, properly addressed the issues of independence and impartiality. In particular, the Court addressed

<sup>5</sup> 'Будет ли создан новый совет юстиции?', Эхо Кавказа 7.3.2013., Хамерберг поможет исправить системные ошибки', Эхо Кавказа 5.3.2013.

<sup>6</sup> The Court also referred to a comparative study on judicial independence carried out by the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (paras 81-2); Anja Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012.

<sup>7</sup> See on this Mowbray A. (2012), 3<sup>rd</sup> edition, *European Convention on Human Rights – Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, p. 344-471.

<sup>8</sup> The Venice Commission is actively involved in the current debate in Georgia on strengthening judicial independence.

<sup>9</sup> See also Kyiv Recommendations, para 9 according to which the members of disciplinary organs "during their time of office shall not perform other functions relating to judges or the judicial community, such as administration, budgeting, or judicial selection. Bodies deciding on cases of judicial discipline must not be controlled by the executive branch nor shall there be any political influence pertaining to discipline. Any kind of control by the executive branch over Judicial Councils or bodies entrusted with discipline is to be avoided."

two issues: the sufficiency of review and the requirement of independence and impartiality at the stage of review. The Court pointed out that the HAC did not have the power to quash the unlawful disciplinary decisions and accordingly, separate proceedings for reinstatement were needed as shown by the Ukrainian court practice. Thus, the question regarding the legal consequences flowing from declaring a disciplinary decision unlawful remained open, leaving much uncertainty in this field. Thus, there was no sufficient review of the case (para 126). Moreover, the Court stressed that the HAC did not examine the applicant's arguments regarding independence and impartiality with due diligence. This raised questions as to the compatibility of the manner in which the HAC arrived at its decision with the standards of the Convention (para 127). The HAC did not deal with the unlawfulness of the voting procedure in the Parliament and did not examine the applicant's evidence submitted to the Court. Thus, the review of the case was not sufficient and "could not neutralize the defects of procedural fairness existing at the previous stage of the domestic proceedings (para 129)."

The Court questioned the independence and impartiality of the HAC's judges who were also subject to the broad disciplinary powers of the HCJ, taking also into account the lack of safeguards for independence and impartiality of this disciplinary body. The Court was not persuaded that the HAC's judges under those circumstances (the HCJ was a party of the proceedings) were in a position to exercise their professional duties in an independent and impartial manner (para 130).

Thus, the Court found a violation of Article 6 (1) on the part of domestic authorities, who failed "to ensure independent and impartial determination of the applicant's case and the subsequent review of his case did not put right those issues (para 131)." Furthermore, the Court found that the absence of a limitation period for imposing a disciplinary penalty for the "breach of oath" by a judge affected the *fairness of proceedings*. Subsequently, the Court held that there was a violation of Article 6 (1) ECHR. The Court also found that the parliamentary vote on the applicant's dismissal, in which the majority of members did not participate, "undermined the principle of legal certainty, in breach of Article 6 § 1 of the Convention (para 145)." In the Court's view, the requirement of a "tribunal established by law" of Article 6 (1) was also violated because the HAC chamber reviewing the case was not set up and composed in a legitimate way (para 156).<sup>10</sup>

Thus, the Court found that the following principles of procedural fairness under Article 6 ECHR were violated: the principles of an independent and impartial tribunal, legal certainty and the right to be heard by a tribunal established by law. In addition, the ECtHR also found that there was a violation of Article 8 of the Convention (paras 160-187). However, this short contribution will not deal with this aspect of the present case as it rather focuses on the fair trial side of the issue.

One of the most interesting aspects of the present case is the indication of general and individual measures by the Court. While indicating general measures to be taken by Ukraine, the Court emphasized the following:

"The present case discloses serious systemic problems as regards the functioning of the Ukrainian judiciary. In particular, the violations found in the case suggest that the system of judicial discipline in Ukraine has not been organized in a proper way, as it does not ensure the sufficient separation of the judiciary from other branches of state power. Moreover, it does not provide appropriate guarantees against abuse and misuse of disciplinary measures to the detriment of judicial independence, the latter being one of the most important values underpinning the effective functioning of democracies (para 199)."<sup>11</sup>

The measures requested by the Court, 'aimed at reforming the system of judicial discipline,' were wide ranging. The Court emphasized that, on the one hand, legislative reforms were needed to restructure the institutional basis of the system and on the other hand, 'appropriate forms and principles of coherent application of domestic law in this field' must be developed (para 200). The Court noted that 'the legislative steps mentioned by the Government do not resolve the problems of systemic dysfunctions in the legal system' (para 201) and stressed that 'Ukraine must urgently put in place the general reforms in its legal system' (para 202) to remedy the existing structural deficits.<sup>12</sup>

While indicating individual measures, the Court pointed out that 'the applicant was dismissed in violation of the fundamental principles of procedural fairness enshrined in Article 6' (para 205). According to the Court, "the dismissal of the applicant, a judge of the Supreme Court ... could be viewed as a threat to the independence of the judiciary as a whole (para 205)." In this context, the Court raised the question 'as to what individual measures would be the most appropriate to put an end to the violations found in the present case (para 206).' The Court did not consider that 'the reopening of the domestic proceedings would constitute an appropriate form of redress for the violations of the

<sup>10</sup> The special chamber, which was in charge of reviewing the applicant's case, had to be set up by the President of the Court. However, 'the president's five-year term of office had expired' and 'the procedure for appointing presidents of the courts was not regulated by domestic law' (paras 152-3). The Court pointed out that 'such an important issue as the appointment of the presidents of the courts was relegated to the level of domestic practice (para 154).'

<sup>11</sup> See on the structural problems in State Parties, a Report issued by the Parliamentary Assembly of the CoE: "Ensuring the viability of the Strasbourg Court: structural deficiencies in State Parties," 7 January 2013.

<sup>12</sup> The Court added that while implementing required reforms 'the Ukrainian authorities should have due regard to this judgment, the Court's relevant case-law and the Committee of Ministers' relevant recommendations, resolutions and decisions (para 202).'

applicant's rights. There are no grounds to assume that the applicant's case would be retried in accordance with the principles of the Convention in the near future (para 207).<sup>17</sup> The Court indicated the applicant's reinstatement in the post of judge as the most appropriate form of individual redress to bring to an end the violations of Articles 6 and 8 of the Convention (para 208). It held that 'the respondent State shall secure the applicant's reinstatement in the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date (para 208).'<sup>18</sup> The Court awarded the applicant EUR 6,000 in respect of non-pecuniary damage (para 214) and EUR 12,000 covering all costs of the proceedings (para 219).

Judge *Yudkivska* submitted a concurring opinion, in which she defended the Court's rather 'proactive' approach and pointed out that 'the Court's practice as regards requesting individual and general measures has progressed considerably ... Today the Court no longer hesitates, where necessary, to indicate a wide range of concrete measures to a respondent State in order to guarantee the full respect of human rights.'<sup>19</sup> She emphasized: 'the choice of how to enforce the Court's judgment remains with the State under the supervision of the Committee of Ministers, unless the violation found, by its very nature, does not leave any choice as to the measures required to remedy it.'<sup>20</sup> She also agreed with the conclusion of the majority that there was no real choice as to the individual measures required to remedy the violations found.<sup>21</sup>

### III. Assessment and Relevance

The case under review raises a range of important issues related to the principle of judicial independence and impartiality. It also demonstrates that the Court is becoming more proactive as regards the exercise of its remedial powers with respect to the internal structure and functioning of the judiciary in the Convention Member States.<sup>22</sup>

Under article 41 of the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights can only order "just satisfaction" for a violation of the Convention rights.<sup>23</sup> Article 46 of the Convention establishes the binding nature of the judgments of the Court and confers on the Committee of Ministers the power to supervise the execution of the judgments.<sup>24</sup> There is no mention in the Convention of further powers of the Court to indicate any specific or general measures to remedy a violation.<sup>25</sup> How-

ever, in its case law the Strasbourg Court has departed from this rather restrictive understanding of its remedial powers.<sup>26</sup> Today, it does not shy away from indicating specific and general measures to bring violations of the Convention to an end.<sup>27</sup> The violations of article 6 of the Convention<sup>28</sup> have led the Court to more often indicate specific measures that seemed to be the most appropriate means to end the violation and to restore the applicants' rights.<sup>29</sup> Moreover, the Court has also adopted general measures to prevent new violations of the European Convention on Human Rights caused by the structural deficits in the national legal orders.<sup>30</sup>

One of the important steps in the course of the on-going reforms of the judiciary in the countries of the former Soviet Union and Eastern Europe was the creation and strengthening of the disciplinary and administrative self-government of judges.<sup>31</sup> In Georgia, this power is vested in the hands of the High Council of Justice,<sup>32</sup> which enjoys a wide range of powers in initiating and deciding on disciplinary proceedings.<sup>33</sup> The reforms to a significant extent strengthened the institutional independence of judiciary. However, there has been criticism regarding the degree of individual independence of judges; some observers have also emphasized certain systemic deficits in the legal order, especially with regard to the current status and composition of the High Council of Justice. What conclusions can be drawn from the case as to the required institutional framework for legally sound disciplinary proceedings? Although the Court concluded that the Ukrainian State has to take general measures and amend its legislation; it did not give an exact indication as to what measures the State has to take and how its disciplinary proceedings shall be structured in order to be in compliance with Article 6 requirements. This remains the prerogative of the Ukrainian legislature. However, the Court pointed out that the Ukrainian authorities 'should have due regard to this judgment, the Court's relevant case-law and the Committee of Minister's relevant recommendations, resolutions and decisions' while putting in place reforms recommended by the Court.<sup>34</sup>

At a more general level, the Court's bold exercise of its power to order general and individual measures to the

<sup>13</sup> In this context, she referred to the case law of the Inter-American Court of Human Rights, which has ordered such individual measures on several occasions.

<sup>14</sup> Frowein J.A.(2008), *The Transformation of Constitutional Law through the European Convention on Human Rights*, 41 *Israel Law Review*, p. 489. Keller H. and Sweet A.S.(2008), *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, in Keller H. and Sweet A.S (eds), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, p. 677-712.

<sup>15</sup> European Convention on Human Rights 1950, Article 41.

<sup>16</sup> *Ibid.*, Article 46.

<sup>17</sup> On remedies in human rights law see Shelton D. (2005), 2<sup>nd</sup> edition, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, p.189.

<sup>18</sup> See, for example, *Colandrea V.*(2007), *On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases*, 7 *Human Rights Law Review*, p.396.

<sup>19</sup> See also Garlicki L.(2007), *Broniowski and After: On the Dual Nature of "Pilot Judgments,"* in *Liber Amicorum Luzius Wildhaber – Human Rights: Strasbourg Views*, Kehl, p.177-192.

<sup>20</sup> European Convention on Human Rights 1950, Article 6 (1).

<sup>21</sup> See, for example, *Assandize v Georgia*, 2004-II 221; (2004) 39 EHRR 653.

<sup>22</sup> See the list of general measures adopted to prevent new violations of the European Convention on Human Rights H/Exec(2006)1, last updated May 2006.

<sup>23</sup> See on this A Seibert-Fohr (ed), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012.

<sup>24</sup> Further information see at <http://hcoj.gov.ge/en/home>.

<sup>25</sup> See on this the Georgian Law on Disciplinary Responsibility of the Common Court Judges and Disciplinary Proceedings of 23 February 2000 (with amendments).

<sup>26</sup> See para 202.

states may serve as a tool in transforming the national practices and legislations.<sup>27</sup> In its recent practice, the Court ordered general measures on several occasions that led to the amendments in the respective national legislations.<sup>28</sup> Moreover, the Court already took a proactive approach and ordered individual non-monetary measures in other cases in order to end violations of the Convention.<sup>29</sup> Thus, the reinstatement of a judge in his previous post does not seem to be out of concept. However, a question may be raised whether the Court could have issued an individual measure requesting the re-opening of the proceedings against the applicant. The argument presented by the Court that new proceedings would not make any sense “in the near future,” taking into account the existing systemic deficits in the Ukrainian legal regulations on disciplinary proceedings, seems, however, convincing.

Is this proactive stance compatible with the original subsidiarity of the Convention system? Although there is an on-going debate on the constitutional nature of the Court, it does not exercise the function of a constitutional court at this stage of its development.<sup>30</sup> Its exercise of remedial powers is not directly enforceable at the domestic level. At the same time, it cannot be denied that the Court’s jurisprudence has a lasting impact on the national legal systems in the Convention’s legal space and its proactive approach may have an important transformative effect in the long run. The time will tell as to whether the Court’s daunting caseload will force it to an even more proactive approach to indicating general measures to the states in order to prevent future violations of the Convention and to reduce its caseload.

<sup>27</sup> On this issue see, for example, L. Helfer, ‘Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime,’ *European Journal of International Law* 19 (2008) 125-159.

<sup>28</sup> Garlicki L.(2007), *Broniowski and After: On the Dual Nature of “Pilot Judgments,”* in *Liber Amicorum Luzius Wildhaber – Human Rights: Strasbourg Views*, Kehl, p.177-192.

<sup>29</sup> For example, the Court ordered the applicant’s release from an unlawful detention (Assanidze Case). *Assandize v Georgia*, 2004-II 221; (2004) 39 EHRR 653.

<sup>30</sup> However, Professor Sadurski states that after the accession of the Central and Eastern European States to the European Convention ‘the Court ceased being a “fine-tuner” of the national legal systems and was compelled instead to adopt a role of policing the national systems in which serious violations of rights occurred or suffering from important systemic deficiencies as far as the CoE standards of rights are concerned,’ W. Sadurski, ‘Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments,’ *Human Rights Law Review* 9 (2009) 397-453, at 401; on this issue of constitutionalisation of the European system of human rights protection see S. Greer & L. Wildhaber, ‘Revisiting the Debate about ‘constitutionalising’ the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review* 12 (2012), 655-687.

Hrachik Yarmaloyan<sup>1</sup>

## Report on Legal and Judicial Reforms in Armenia

*This report aims at providing a general idea on the major directions of the continuous legal and judicial reforms in the Republic of Armenia, which have started in the mid 1990s and have especially intensified in the last few years. The report also includes information on upcoming reforms in legal and judicial spheres in the near future.*

### I. Strategic Programme for Legal and Judicial Reforms in the Republic of Armenia for the period of 2012-2016

The year 2012 was very significant for the Republic of Armenia in terms of legal and judicial reforms. Armenian Ministry of Justice has drafted a new “Strategic Programme for Legal and Judicial Reforms in the Republic of Armenia for the period of 2012-2016.”<sup>2</sup> The Strategic Programme was approved by the President of Armenia in June 2012. The Strategic Programme will be a guideline for the legal and judicial reforms during 2012-2016. The major directions of the programme are as follows:

- 1) adoption or improvement of a number of substantive and procedural laws based on the amended Constitution of the Republic of Armenia and best international practices
- 2) operational reforms of the judiciary, self-government bodies of judges, and the prosecutor’s office in compliance with the Constitution of the Republic of Armenia
- 3) introducing a qualitatively new and comprehensive system for the preparation and training of the staff of judiciary and the prosecutor’s office, and instil the kind of thinking and practices that comply with the contemporary requirements of a rule-of-law state
- 4) ensuring accessibility of the judiciary and providing conditions necessary for the right to a fair trial within reasonable time limits
- 5) promoting alternative dispute resolution mechanisms and increasing the efficiency of maintenance of public registries
- 6) implementing reforms on legal education, aimed at preparation of specialists with high professional qualifications

The main objectives of the reforms foreseen by the Strategic Programme are:

- 1) ensuring a fair, effective and publicly accountable judiciary
- 2) increasing the effectiveness of criminal justice and the system of criminal punishments
- 3) increasing the effectiveness of administrative justice and administrative proceedings
- 4) increasing the effectiveness of civil justice and improving the civil legislation
- 5) increasing the effectiveness of the performance of procedural functions
- 6) ensuring reforms in the system of advocacy
- 7) increasing the effectiveness of prosecutorial activities
- 8) increasing the effectiveness of the systems for maintaining arbitrary, notary and public registries
- 9) restructuring the legal instruction and legal education system

### II. Fair, Effective and Publicly Accountable Judiciary

In order to ensure fair, effective and publicly accountable judiciary, certain measures are foreseen:

- to improve the procedure of the qualifying test for judges
- to improve the procedure for resolving disputes involving the testing and selection process of judges
- to develop mechanisms, based on international standards, transparency and impartiality, that enable the assessment of not only the professional knowledge of a candidate, but also the ability, efficiency, and logical skills required to act as a judge to define transparent and objective procedures for nominating candidates as judges
- to review the procedure of interview in the Council of Justice by clarifying the tasks and topics for that stage

### III. A More Effective Model of Self-governance

Among other reforms in the judiciary, it is foreseen to introduce a more effective model of self-governance for judges.

At present, self-government bodies of the judiciary are made up of the General Assembly of Judges of the Republic of Armenia — composed of all the judges of the Republic of Armenia, the Council of Court Chairpersons, the members of which are the chairpersons of the courts of first instance and courts of appeals, chairpersons of the Court of Cassation and its Chambers.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Legal advisor in GIZ Program “Legal and Judicial Reform Advice in South Caucasus”, Armenia

<sup>2</sup> Approved by the President of the Republic of Armenia in June, 2012

<sup>3</sup> See, Judicial Code of Armenia, adopted on 21.02.2007

From the point of ensuring self-governance of the judiciary and the internal independence of judges, it is necessary to guarantee a system of self-government bodies as well as a separation of their functions within the context of checks and balances. Such a system will enable all the judges to take part in the resolution of essential issues concerning the judiciary. The key element of the principle of independence of judges constitutes not only of independence from external interference but also internal independence especially from a court's chairperson and from judges of superior courts.

The Council of Court Chairpersons, exclusively comprised of court chairpersons, as provided for in the Judicial Code, is considered to be the permanently functioning self-government body of the judiciary, which has reserved a significant part of the key functions in the field of judicial self-governance. The ethics and training commissions are also formed from the members of this body. As a result, the functions of judicial self-governance are centralised in one body. Such centralisation of self-governance is not in line with the principle of independence of judges and self-governance of the judiciary. It is necessary to review the system of self-government bodies of the judiciary so as to ensure the internal independence of judges from the court chairpersons.

For the purpose of ensuring maximum participation of judges in the resolution of essential issues that concern the judiciary, it is necessary to restrict to a possible extent the possibility of simultaneous involvement of the same judge in other several self-government bodies other than the General Assembly.

At present in the Republic of Armenia, the chairpersons of the courts of first instance and the courts of appeals are appointed on a permanent basis until reaching the relevant age of superannuation. Such an approach may lead to an undue amplification of a court's chairperson's influence in the court and may disrupt, in practice, the essence of the constitutional requirement of the independence and equality of judges. It is necessary to consider the need of introducing a limited term of office for the court chairpersons in the Republic of Armenia in the context of international developments and approaches.

#### IV. Concept of "Administrative Body" and Private Entities

The Strategic Reform Programme 2012-2016 foresees the inclusion of the concept of "administrative body"<sup>4</sup> in the administrative proceedings of private entities in which the state vests public functions, thus ensuring the judicial protection of private individuals from the decisions, actions and omissions of such entities. The concept of "adminis-

trative body" may not include state and local self-government bodies alone, as there are such entities which, while not constituting a state body, perform public functions vested upon them by the state. It is necessary to include such entities into the functional concept of the administrative body. This will also enable people to appeal the decisions and actions of such entities.

#### V. Elaborating the new Administrative Offences Code

The Administrative Offences Code currently in force in the Republic of Armenia was adopted on 6 December 1985 by the Supreme Council of the ASSR, which was enacted on 6 June 1986. This Code, with its conceptual logic and philosophy forming the basis thereof, with its systemic structure and unsolvable contradictions with a dozen of other laws, with numerous successful and unsuccessful amendments made in the course of decades, many outdated or practically inapplicable provisions, incomplete and imperfect administrative responsibility measures, is unable to settle the issues to be addressed and does not correspond to the requirements of the rule-of-law state.

Taking into account the fact that the shortcomings are rather extensive, it is necessary to adopt a new Administrative Offences Code that complies with the present requirements of the rule-of-law state.

The new Administrative Offences Code shall settle at least the following essential issues:

1. The future Code shall contain all the administrative offences in a comprehensive manner, and cases of administrative offences shall no longer be provided for in other laws. Thus, there shall be no administrative responsibility unless it is provided for by the Administrative Offences Code.
2. When regulating matters connected with the administrative proceedings on the cases relating to administrative offences, the new Code shall rely on the common principles of the administrative proceedings established by the Law of the Republic of Armenia "On fundamentals of administrative action and administrative proceedings," at the same time taking into account the peculiarities of the special proceedings.
3. The new Code shall significantly improve the scope of the administrative responsibility measures. It is necessary to further develop the administrative penalties already set by the present Code, and to provide for new types of administrative penalties and consider the possibility for envisaging public works.
4. Decriminalisation of some acts will be carried out and those acts will be envisaged in the new Administrative Offences Code as misdemeanours, taking into account the principle of proportionality between the act and the responsibility provided therefore.

<sup>4</sup> See Administrative Proceedings Code of Armenia, adopted on 28.11.2007 and Law "On Fundamentals of Administrative Action and Administrative Procedure," adopted on 18.02.2004



The Ministry of Justice has established a working group which works now on drafting the new Administrative Offences Code.

## VI. Reforms in Civil Code

A number of important reforms are to be carried out in terms of adjusting the Civil Code of the Republic of Armenia<sup>5</sup> to the modern approaches for regulating private law relations. The reforms in this sphere will concentrate on defining the scope of the civil law entities, participation of the state and the communities in the civil society, regulatory arrangements of corporate law, contract law, in particular, contractual relations pertaining to the field of business activity, intellectual property right and international private law. The law of obligation, the inheritance law, as well the insurance law remain challenging. No standards for the correct calculation of the damage caused are available.

The Ministry of Justice has already begun the general discussions with interested parties regarding the reforms in the Civil Code.

## VII. Reforms in the Civil Procedure Code

A number of reforms are to be carried out in the Civil Procedure Code<sup>6</sup> in terms of clarifying the rules that regulate the process of proof in civil proceedings; settlement of the matters concerning the relevance or admissibility of evidence; removal of evidence from the content of evidence; defining the peculiarities of the procedure for a case examination in lower courts in the event of remitting the judicial act and remanding the case by a higher court for a new examination; and admissibility of evidence obtained during criminal cases in civil proceedings.

## VIII. Elaborating the new Criminal Procedure Code

The Criminal Procedure Code<sup>7</sup> of the Republic of Armenia is one of the legal acts adopted as a result of the judicial reform implemented in the Republic of Armenia. It is the law that applies directly, which provides for unified, structured, and comprehensive regulation of various aspects of criminal procedure.

Whilst appreciating the obvious strengths and positive impact of the Code, it should be noted that after 14 years of life the Code faced a lot of new challenges which resulted in the need for drafting a new Criminal Procedure Code.

Armenia ratified the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in 2002. As a result, in line with the international commitments

of the country, changes had to be made domestically in the relevant fields, including the criminal justice area.

In terms of constitutional reforms, the constitutional amendments adopted in the referendum, conducted on 27 November 2005, significantly affected the criminal justice area, which rendered certain amendments and additions to the Code inevitable.

The regulation of criminal procedure was also influenced considerably by the practice of courts. A number of deficiencies and shortcomings identified in the enforcement of the Code were addressed in the decisions of the Constitutional Court and Cassation Court of the Republic of Armenia.

Consequently, a concept of new Criminal Procedure Code was drafted by the Ministry of Justice, which was approved by the Government and led to the drafting of a new Criminal Procedure Code in 2011 and 2012. The Draft of the new Code has been one of the most discussed legal papers in the recent times. The main directions of the reforms in the new Draft are as follows:

- The roles and functions of “inquest” and “preliminary investigation” in criminal proceedings will be changed, and criminal intelligence operations will be incorporated in the Criminal Procedure Code as identical with the “inquest” activities.
- The purpose, grounds, and conditions of arrest and detention, as well as the application procedures of these means of compulsion will be streamlined, and the scope of preventive measures will be expanded and optimized.
- A procedure of questioning a person in front of a judge during pre-trial proceedings (deposition of testimony) will be prescribed.
- The scope of differentiated proceedings will be expanded to cover cases of private charges (without pre-trial proceedings), simplified pre-trial proceedings, and consent proceedings (in court).
- A new mandatory stage of criminal proceedings, viz, preliminary hearings, will be introduced prior to the actual hearing and will include the review and determination of all matters related to checking the results of the pre-trial proceedings and preparing for trial in adversarial conditions, respecting the equality of arms.

The draft of the new Code, among other important changes, does away with the “suspect” as an entity and prescribes a common procedural status for anyone subject to criminal prosecution. As a result, anyone suspected of a crime shall benefit from all the rights stipulated for the accused.

A key attribute of the draft is that it extends the scope of preventive measures. Defining new preventive measures (registration with the police, home arrest, etc.) and prescribing bail as a standalone preventive measure will help to reduce the incidence of groundless or forced detention in legal practice.

<sup>5</sup> In force since 01.01.1999

<sup>6</sup> In force since 01.01.1999

<sup>7</sup> Adopted in 1998 and put into effect from 12 January 1999

A number of other important changes are included in the Draft as well.

The draft of the new Code is in the process of public hearings at the moment and will most probably be adopted by the end of 2013.

## IX. Elaborating the new Criminal Code

The current Criminal Code came into force on August 1, 2003, the adoption of which was conditioned by a range of circumstances. First, the Constitution of the independent Republic of Armenia was adopted in 1995 and naturally all the other laws and codes would have to be put in compliance with the provisions of the Constitution. From this viewpoint, the adoption of the new Criminal Code was even a bit late. Besides, the former Criminal Code was not consistent anymore with the developing economic, social, political and ideological realities in the republic, as well as the standards of existing criminal law.

While retaining high esteem for the role of the Criminal Code in force in fighting crime, one must mention that scientific analysis of the enforcement of its norms identifies numerous shortcomings.

The new Criminal Code must aim at settling the following issues:

- to secure the security of individuals, society and state from criminal harassment
- to reduce social tension caused by crime to the extent possible
- to ensure the consistency of the criminal legislation with the modern tendencies of crime development and criminal threats
- to stipulate clear features to demark criminal acts from non-criminal acts, which will exclude broad interpretation of the law—to guarantee the protection of the rights and freedoms of victims of crime, and to create optimum conditions to exercise the right to compensation of the damage caused by crime
- to improve the system of criminal coercive measures to ensure the balance of coercion, prevention and rehabilitation functions
- to ensure the relevance of the criminal legislation to the norms of the ratified international treaties, principles of international law, as well as the Constitution of the Republic of Armenia

The Current Criminal Code, based on the “notion of act/action,” while envisaging punishment, refers to the size of the damage incurred. In envisaging punishment of a crime, the legislature must refer to not only the size of the damage incurred, but also to the nature of the crime, one of the important elements of which is the person that committed the crime.

The current Criminal Code is anchored in the psychological concept, the main provision of which is that guilt is the psychological attitude of a person towards his/her

act, its dangerous consequences and is expressed in the forms of intent or negligence. In the theory of criminal law, there are three important concepts about the guilt – dangerous situation, normative and psychological. Recently, opinions have been expressed in Armenian legal literature to renounce the psychological concept.

The criteria of releasing from criminal responsibility and punishment need to be seriously reviewed.

The punishment system has serious drawbacks. One such drawback is the frequent award of the criminal sanction of deprivation of liberty, which leads to the overpopulation of penitentiary institutions. Hence, one of the ways to solve this problem is to expand the list of types of sanctions that are real alternatives to deprivation of liberty and introducing effective and practical mechanisms for their use.

The protection of the rights and interests of the victim is very important. The punishment system and types of punishments must aim at the compensation of the damage caused by the crime. From this viewpoint one needs to review the attitude towards property seizure and fine, which must aim at the compensation of the damage. Under the current Criminal Code such functions are almost never performed.

## X. Freedom of Assemblies

A new law on Freedom of Assemblies was drafted by the Ministry of Justice, which was adopted on 14.04.2011. On the basis of this law, “Guidelines on the Behavior of the Police during Assemblies” was drafted in cooperation between the Police, Ministry of Justice and international organizations and was adopted in 2012. The analysis of a number of opinions rendered by different international organizations, in the light of parliamentary elections in 2012 and presidential elections in 2013, showed that no major violations of human rights have been committed during assemblies held in Armenia and that the legal framework in terms of guaranteeing the freedom of assemblies has significantly improved in the past few years.<sup>8</sup>

## XI. Legislative Guidelines on Drafting Legal Acts

Legislative guidelines have been drafted by the Ministry of Justice and approved by the government on the 5<sup>th</sup> of April 2012. The Guidelines, among other important questions, envisage detailed rules on the techniques of legal drafting, thus providing the ministries and other relevant institutions with codified rules on drafting legal acts in order to prevent shortcomings and contradictions.

<sup>8</sup> See, OSCE/ODIHR Election Observation Mission, final Report on Parliamentary Elections, 6 May 2012 (<http://www.osce.org/odihr/elections/91643>), Statement of Preliminary findings and conclusions, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR), the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) and the European Parliament (EP), 18 February 2013 (<http://www.osce.org/odihr/elections/99675>)

## НОВОСТИ ИЗ РЕГИОНА

### Азербайджан

**Когда:** 11.-12.02.2013  
**Где:** Баку  
**Что:** Семинар по вопросам строительного права  
**Организаторы:** Совет юстиции и права Азербайджана, GIZ  
**Участники:** Судьи

**Когда:** 22.-23.04.2013  
**Где:** Баку  
**Что:** Семинар по вопросам налогового права  
**Организаторы:** Совет юстиции и права Азербайджана, GIZ  
**Участники:** Судьи

**Когда:** 17.-24.11.2013  
**Где:** Баку  
**Что:** Информационный визит новоназначенных судей  
**Организаторы:** Совет юстиции и права Азербайджана, GIZ  
**Участники:** Судьи

### Армения

**Когда:** 21.01.2013  
**Где:** Ереван  
**Что:** 5-летний юбилей создания административного правосудия в Армении  
**Организаторы:** Административный суд, GIZ  
**Участники:** Судьи, представители разных государственных ведомств, международных и общественных организаций

**Когда:** 08.02.2013  
**Где:** Ереван  
**Что:** Презентация публикации „Избранные решения Кассационного суда“  
**Организаторы:** Кассационный суд, GIZ  
**Участники:** Судьи, адвокаты, представители разных государственных ведомств, международных и общественных организаций

## NEWS FROM THE REGION

### Azerbaijan

**When:** 11.-12.02.2013  
**Where:** Baku  
**What:** Workshop on Construction law  
**Organizers:** Judicial-Legal Council of Azerbaijan, GIZ  
**Participants:** Judges

**When:** 22.-23.04.2013  
**Where:** Baku  
**What:** Workshop on Tax law  
**Organizers:** Judicial-Legal Council of Azerbaijan, GIZ  
**Participants:** Judges

**When:** 17.-24.11.2013  
**Where:** Cologne, Germany  
**What:** Study visit of newly appointed judges  
**Organizers:** Judicial-Legal Council of Azerbaijan, GIZ  
**Participants:** Judges

### Armenia

**When:** 21.01.2013  
**Where:** Yerevan  
**What:** 5 years anniversary of introducing the administrative justice system in Armenia  
**Organizers:** Administrative Court, GIZ  
**Participants:** Judges, representatives of different state institutions, international and local organizations

**When:** 08.02.2013  
**Where:** Yerevan  
**What:** Presentation of the publication „Selected decisions of the Court of Cassation“  
**Organizers:** Court of Cassation, GIZ  
**Participants:** Judges, representatives of different state institutions, international and local organizations

**Когда:** 7.-8.05.2013  
**Где:** Ереван  
**Что:** Круглый стол по вопросам модернизации Гражданского кодекса Республики Армени в свете современных подходов к регуляциям частный правовых отношении  
**Организаторы:** GIZ  
**Участники:** Судьи, адвокаты, представители разных государственных ведомств, международных и общественных организаций

**When:** 7.-8.05.2013  
**Where:** Yerevan  
**What:** Round table on modernizing the Civil Code of the Republic of Armenia in the light of the contemporary approaches of regulating of private legal relations  
**Organizers:** GIZ  
**Participants:** Judges, Lawyers, representatives of different state institutions, international and local organizations

**Когда:** 2.07.2013  
**Где:** Ереван  
**Что:** 15-летний юбилей Кассационного суда  
**Организаторы:** Кассационный суд  
**Участники:** Судьи, адвокаты, представители разных государственных ведомств, международных и общественных организаций

**When:** 2.07.2013  
**Where:** Yerevan  
**What:** 15 years anniversary of the Court of Cassation  
**Organizers:** Court of Cassation  
**Participants:** Judges, Lawyers, representatives of different state institutions, international and local organizations

**Когда:** 3.-5.07.2013  
**Где:** Ереван  
**Что:** Всеевропейская конференция проводимая в рамках председательствва РА в Комитете Министров Совета Европы

**When:** 3.-5.07.2013  
**Where:** Yerevan  
**What:** Pan-European Conference convened within the frames of the chairmanship of the Republic of Armenia at the Committee of Ministers of the Council of Europe  
**Organizers:** Constitutional Court  
**Participants:** Judges, Lawyers, representatives of different state institutions, international and local organizations

**Организаторы:** Конституционный суд  
**Участники:** Судьи, адвокаты, представители разных государственных ведомств, международных и общественных организаций

**Грузия**

**Когда:** 10.-11.01.2013  
**Где:** Тбилиси  
**Что:** Конференция по вопросам прозрачности и эффективности в предоставлении сервисов судебной системой: влияние инфромационных и коммуникационных систе и технологии  
**Организаторы:** Верховный суд, Всемирный Банк, JUSTPAL, GIZ  
**Участники:** Судьи, адвокаты, представители разных государственных ведомств, международных и общественных организаций

**Georgia**

**When:** 10.-11.01.2013  
**Where:** Tbilisi  
**What:** Conference on transparency and efficiency in Judicial Service Delivery: The Impact of Information Systems, Communication Systems and Technology  
**Organizers:** Supreme Court, World Bank, JUSTPAL, GIZ  
**Participants:** Judges, Lawyers, representatives of different state institutions, international and local organizations

<b>Когда:</b>	27.-28.09.2013	<b>When:</b>	27.-28.09.2013
<b>Где:</b>	Тбилиси	<b>Where:</b>	Tbilisi
<b>Что:</b>	Конференция судей	<b>What:</b>	Conference of Judges
<b>Организаторы:</b>	Верховный суд, Совет Европы, Евросоюз, GIZ, IRZ, JILEP, NORLAG, UNDP	<b>Organizers:</b>	Supreme Court, CoE, EU, GIZ, IRZ, JILEP, NORLAG, UNDP
<b>Участники:</b>	Судьи, представители разных государственных ведомств, международных и общественных организаций	<b>Participants:</b>	Judges, representatives of different state institutions, international and local organizations
<b>Когда:</b>	24.10.2013	<b>When:</b>	24.10.2013
<b>Где:</b>	Тбилиси	<b>Where:</b>	Tbilisi
<b>Что:</b>	Конференция по правовым аспектам реформы трудового права	<b>What:</b>	Conference on legal aspects of labor law reform
<b>Организаторы:</b>	Тбилисский государственный университет, GIZ	<b>Organizers:</b>	Tbilisi State University, GIZ
<b>Участники:</b>	Судьи, адвокаты, представители разных государственных ведомств, международных и общественных организаций	<b>Participants:</b>	Judges, Lawyers, representatives of different state institutions, international and local organizations
<b>Когда:</b>	2.-3.11.2013	<b>When:</b>	2.-3.11.2013
<b>Где:</b>	Тбилиси	<b>Where:</b>	Tbilisi
<b>Что:</b>	Семинар по вопросам новых вызовов в патентном праве Европейского Союза	<b>What:</b>	Workshop on new challenges of the industrial property rights in the European Union
<b>Организаторы:</b>	GIZ	<b>Organizers:</b>	GIZ
<b>Участники:</b>	Адвокаты	<b>Participants:</b>	Lawyers

## РЕЦЕНЗИЯ

Алеко Начкебия

### Интерпретации норм гражданского права в практике Верховного Суда (2000-2013)

GIZ, Тбилиси, 2013, ISBN 978-9941-9350-7-7

Сборник, созданный Алеко Начкебией, является первым по своей форме и содержанию. Автор усердно работал, чтобы ознакомиться с четырнадцатилетней практикой Верховного Суда Грузии и сформулировать тезисы из важных правовых интерпретаций Суда. Эти интерпретации касаются норм отдельных правовых актов, а также фактических обстоятельств, которые имеют особое значение в процессе рассмотрения гражданских дел.

Система состава работы основана на структуре Гражданского Кодекса и других интерпретированных нормативных актов. Кроме того, систематическая конструкция работы в какой-то мере отражает эволюцию интерпретации норм, которую гражданское законодательство Грузии потерпела на протяжении лет в процессе судопроизводства.

Работа также делает ссылки на те дела, которые Гражданская Палата Верховного Суда Грузии оставила без рассмотрения, хотя интерпретации судов более низкой инстанции важны для однородности практики суда.

Сразу по издании работа вызвала большой интерес как среди ученых также и среди практиков.

Электронная версия работы доступна на веб-сайте Электронной Юридической Библиотеки <http://www.library.court.ge/>.

## BOOK RECOMMENDATION

Aleko Nachkhebia

### Interpretations of civil law norms in the practice of the Supreme Court (2000-2013)

GIZ, Tbilisi, 2013, ISBN 978-9941-9350-7-7

The collection created by Aleko Nachkhebia is first in its form and content. The author worked hard to get familiar with fourteen year practice of the Supreme Court of Georgia and formulate theses out of all legally important interpretations of the Court. These interpretations relate to the norms of individual legal acts, as well as to factual circumstances, which have particular significance in the process of examination of civil cases.

The system of composition of the work is based on the structure of Civil Code and of other interpreted normative acts. Furthermore, systemic construction of the work resembles evolution of interpretation of the norm which civil legislation of Georgia experienced throughout the years in the adjudication process.

The work also makes references to those cases which were left without motion by the Civil Chamber of the Supreme Court of Georgia, although interpretations of the courts of lower instance are important for uniformity of court practice.

Right upon publication the work has earned great interest among scientists and practitioners as well.

Electronic version of the work is available on the website of Electronic Law Library <http://www.library.court.ge/>.



ISSN 2395-0110



477223 8104004