

П. Н. Бирюков\*

## ЕВРОПЕЙСКИЙ ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННЫЙ ОРДЕР

*Статья посвящена правовой помощи по уголовным делам в странах Евросоюза. Подробно исследованы вопросы использования доказательств, полученных в странах ЕС. Охарактеризована процедура направления и исполнения запросов о наложении ареста на документы и другие доказательства в странах ЕС. Выявлены основные проблемы в использовании Европейского доказательственного ордера.*

*Ключевые слова: Европейский Союз, пространство свободы, справедливости и безопасности, правовая помощь по уголовным делам, Европейский доказательственный ордер*

Одним из направлений сотрудничества в рамках третьей опоры ЕС является правовая помощь по уголовным делам. Важную роль в уголовном судопроизводстве играет передача предметов, документов и данных для их использования в качестве доказательств.

Государства ЕС активно участвуют в конвенциях, регламентирующих различные аспекты получения доказательств. Так, Конвенция о правовой помощи по уголовным делам 1959 г.<sup>1</sup> обеспечивает основные направления сотрудничества в получении доказательств. В 1978 и 2001 гг. к Конвенции были приняты дополнительные протоколы. Положения Конвенция 1959 г. расширены Шенгенской конвенцией 1990 г.<sup>2</sup>, Конвенцией ЕС о правовой помощи по уголовным делам 2000 г.<sup>3</sup> и Протоколом 2001 г. к последней<sup>4</sup>.

По ст. 5 Конвенции 1959 г. каждое государство может сделать заявление о том, что выполнение судебного поручения по обыску или конфискации (*letters rogatory for search or seizure*) может быть поставлено в зависимость от одного или более следующих условий: двойная криминализация; преступление, по которому делается запрос, является основанием для выдачи; исполнение производится в соответствии с законом запрашивающего государства. Вместе с тем ст. 51 Шенгенской конвенции 1990 г. ограничивает возможность использования государствами подобных оговорок. Согласно ст. 51 государства-члены Шенгенской конвенции не могут ставить допустимость судебного поручения по обыску и конфискации в зависимость от других условий, за исключением следующих. Во-первых, преступление должно быть наказуемо по законам обоих государств лишением свободы на срок от шести месяцев и более. Во-вторых, преступление наказуемо по закону одного из этих государств штрафом, а в другом государстве должно быть административным правонарушением.

Законодательство стран ЕС предусматривает большое число процессуальных мер в процессе собирания доказательств по уголовным делам. В их числе:

1) «полномочия по сохранению» (или «превентивные ордера»). Они используются только в отношении третьих лиц. Их цель – сохранить доказательства у третьих лиц без передачи их компетентным правоохранительным органам;

2) «полномочия по наложению ареста». Арест (*seizure*) – это не просто мера по сохранению доказательства, но и временное обладание им органом, осуществляющим расследование. Она может применяться в отношении доказательств, находящихся как у подозреваемых, так и у третьих лиц;

3) «полномочия требовать предоставления, раскрытия (*disclosure*) доказательств». В некоторых государствах ЕС судебные власти имеют полномочия требовать, чтобы третьи лица добровольно предоставили доказательства. Этот способ основывается на

\* Бирюков Павел Николаевич – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права Воронежского государственного университета (Воронеж). E-mail: birukovpn@yandex.ru.

сотрудничестве с третьими лицами. В случае неэффективности такого сотрудничества суды дают ордер на обыск для получения доказательств (*search order to seize the evidence*);

4) «производственный ордер» (*production order*). Он используется, когда третье лицо согласно сотрудничать, но в силу разных причин (риск привлечения к ответственности в связи с нарушением конфиденциальности) предпочитает добровольно не сотрудничать со следственными органами. «Производственные ордера» обязывают третье лицо передать доказательство. Они применяются в отношении определенных категорий доказательств и обусловлены тяжестью преступления;

5) «ордер на обыск и арест» (*search & seizure orders*). Чаще всего такие ордера используются для получения доказательств, находящихся в жилище. Законодательство европейских государств относительно проникновения в жилище содержит существенные различия. В некоторых странах указанные полномочия ограничены только тяжкими преступлениями. В других такие действия могут использоваться для расследования всех преступлений. Европейская конвенция 1950 г. гарантирует минимальные стандарты защиты при производстве обыска и конфискации. Однако имеется множество вариаций в гарантиях. Они включают: степень уверенности, что доказательства находятся в жилище, которое будет обыскано; время дня, когда санкция на обыск будет реализована; сведения о человеке, жилище которого было обыскано; правила, применяемые, когда владелец отсутствует; присутствие при обыске понятых.

На заседании Европейского Совета в Тампере (октябрь 1999 г.) было решено, что принцип взаимного признания должен стать краеугольным камнем правовой помощи в области как гражданского, так и уголовного судопроизводства. Европейский Совет обратился с просьбой к Совету и Комиссии разработать программу мер, которая бы ввела принцип взаимного признания в область расследования уголовных дел<sup>5</sup>.

В целях унификации правил передачи доказательств в ЕС было принято Рамочное решение Совета по Европейскому доказательственному ордеру в получении предметов, документов и данных для их использования в производстве по уголовным делам (*a European Evidence Warrant*; далее – Европейский доказательственный ордер, ордер). Данное Рамочное решение заменяет условия правовой помощи, существующие в конвенциях Совета Европы и ЕС, в той части, в какой они имеют дело с объектами, документами или данными, находящимися в пределах объема этого решения. Аналогичные нормы закреплены в Рамочном решении о Европейском ордере на арест<sup>6</sup>. Прекращают свое действие ст. 51 Шенгенской конвенции и ст. 2 Протокола 2001 г. к Конвенции ЕС 2000 г. Рамочное решение заменило существующие процедуры правовой помощи Европейским ордером в целях получения предметов, документов и данных для их использования в производстве по уголовным делам.

Статья 1 решения дает определение ордера. Просматривается единый подход европейских институтов к признанию решений иностранных правоохранительных органов (см. также ст. 1 Рамочного решения о Европейском ордере на арест). Ордер рассматривается как судебное решение, принятое одним государством ЕС для получения объектов, документов и данных от другого. Статья 1 содержит обязательство для государств-членов исполнять ордер на основе принципа взаимного признания.

В ст. 2 Рамочного решения даны определения наиболее важных понятий, используемых в процедуре Европейского доказательственного ордера. Необходимо отметить, что издающими властями (*the issuing authority*) должны быть судья, расследующий магистрат (*investigating magistrate*) или обвинитель (*prosecutor*). Другие компетентные власти (в том числе полиция, таможня и административные власти) не имеют полномочий на издание ордера, они могут лишь ходатайствовать перед указанными лицами о выдаче.

Статья 2 также объясняет термины «информационная система» и «компьютерные данные», взятые из проекта Рамочного соглашения Совета об атаках информационных систем<sup>7</sup>. Она содержит определение электронной сети сообщений (*the electronic communications network*), аналогичное закрепленному в Директиве Европарламента и Совета 2002/21/ЕС от 7 мая 2002 г.<sup>8</sup>

В ст. 2 преступление характеризуется как уголовное правонарушение или действие, которое наказуемо по закону издающего ордер государства вследствие его совершения, при условии, что решение может начать разбирательство судом, имеющим юрисдикцию по уголовным делам. Это означает нарушения, подходящие под существующий режим двойной преступности (*the dual criminality regime*) в ст. 51 Шенгенской конвенции.

Статья 3 определяет типы объектов, документов или данных, для которых может быть издан ордер. Сюда относятся любые объекты, документы или данные, которые могут быть использованы в процессах со ссылкой на ст. 4. Статья основывается на понятии «доказательство», содержащемся в Рамочном решении о «замораживании» ордеров.

Вместе с тем ордер не может быть использован при совершении следующих действий:

а) при получении доказательств в виде интервью, заявлений или других типов слушаний (в том числе в телефонных конференциях и видеоконференциях), включающих подозреваемых, свидетелей, экспертов или кого-либо другого;

б) получении доказательств от тела человека (образцов ДНК, волос, крови и т. д.);

в) сборе доказательств оперативным путем, например через прослушивание сообщений, скрытого слежения или наблюдения за счетами в банке;

г) требовании продолжения расследования (анализа существующих объектов, документов или данных).

Сотрудничество, связанное с собиранием таких доказательств, регулируется Конвенцией ЕС 2000 г. и Протоколом 2001 г. к ней.

Тем не менее ст. 3 позволяет использовать ордер, чтобы получить «доказательства», подпадающие под указанные категории и собранные перед изданием ордера. Например, сюда могут быть включены: показания, полученные в результате ранее проводившегося расследования в том же государстве; уже полученные записи перехваченных сообщений, прослушивания или наблюдения за счетами в банке.

Статья 4 устанавливает тип процедур, для которых издается ордер. В их числе и уголовное производство, и административное разбирательство (если есть право обращения в суд по уголовным делам).

Содержание и форма ордера определены в ст. 5. Ордер выдается в соответствии с Формой «А» (Приложение к Рамочному решению). Он должен быть подписан, а его содержание заверено «как точное» (*accurate*) выдавшим органом (т. е. судьей, магистратом или обвинителем).

Ордер должен быть переведен выдавшим его государством на официальный язык или один из официальных языков исполняющего государства. Последнее может принять переводы на другие официальные языки ЕС (для этого в Генеральный секретариат Совета подается специальное заявление).

Статья 6 определяет условия для выдачи ордера:

а) объекты, документы или данные необходимы и пропорциональны / соразмеримы (*proportionate*) для целей расследования, по которому выдается ордер. Они не являются вторжением в чью-либо собственность в таких ситуациях, когда, например, некоторое количество документов найдено для исследования второстепенного правонарушения. Форма «А» Приложения требует, чтобы выдающий орган включал в ордер описание нарушения, по которому проводится расследование; существенные основания для выдачи ордера и описание известных фактов;

б) объект, документ или данные можно получить по закону выдающего государства в обычных обстоятельствах (при условии, что они имеются в распоряжении на территории этого же государства). Это оберегает ордер от использования в качестве средства обхода норм национального закона при получении отдельных типов объектов, документов и данных. Сказанное, однако, не означает, что одни и те же процедуры должны быть доступны и для выдающих, и для исполняющих государств. Издающее ордер государство может нуждаться в получении специфического приказа на исследование помещения третьей стороной для захвата доказательств, тогда как исполняющее государство может иметь менее сложную процедуру, в которой может потребовать от третьей стороны привести доказательство без розыска;

в) объекты, документы и данные будут приняты в разбирательства, для которых искали. Это не позволяет использовать ордер для обхода норм национального закона издающего государства относительно допустимости доказательств.

Форма «А» Приложения также требует от выдающих властей уточнять подлинность физических и юридических лиц, в отношении которых производится поиск объектов, документов или данных.

В ст. 7 предусматривается прямая передача ордера между компетентными судебными властями. В принципе ее положения сходны с установленными ст. 6 Конвенции ЕС 2000 г. По делам, в которых «компетентные власти» заранее неизвестны, можно использовать Европейскую судебную сеть (the European Judicial Network). Если орган государства, получивший ордер, не полномочен произвести его признание и исполнение, он обязан передать ордер компетентному органу, а также проинформировать об этом выдающий орган.

Статья 8 требует от каждого государства-члена определить «центральный орган», уполномоченный выдавать копии любого официального документа обвинительного приговора и последующих применяемых мер в этом государстве.

В ст. 9 регламентированы ситуации, когда поступает несколько заявок на изъятие объектов, документов и данных в отношении того самого расследования. Аналогичное положение содержится в ст. 6 Протокола 2001 г. к Конвенции ЕС 2000 г. Чтобы исключить повторения, выдающий орган может использовать Форму «В» Приложения для получения дополнительных объектов, документов и данных уже использованного ордера по тому же расследованию. Новый ордер выдавать необязательно, при условии что содержание первоначального ордера<sup>9</sup> остается неизменным.

Статья 10 Рамочного решения определяет условия использования личных данных. Она дополняет правила Конвенции Совета Европы о защите физических лиц в отношении автоматической обработки данных личного характера 1981 г.<sup>10</sup> Конвенция 1981 г. гарантирует, что личные данные, подвергающиеся автоматической обработке, могут быть использованы лишь для определенных в ордере целей (за исключением использования демократическими государствами в интересах общественной безопасности и борьбы с преступностью). Директива 95/46/ЕС не применяется к сотрудничеству судов по уголовным делам<sup>11</sup>. В особых случаях исполняющее государство может также потребовать у государства, которому личные данные были переданы, предоставления информации об использовании этих данных.

Признанию и исполнению ордера посвящена ст. 11 Рамочного решения. Компетентные власти исполняющего государства должны признавать ордер без каких-либо дополнительных формальностей и принимать все необходимые меры для его выполнения. Исполнение ордера должно производиться в том же порядке, что и действия по получению объектов, документов или данных, производимые «своим» органом.

Исполнение ордера производится с учетом следующих обстоятельств (ст. 12):

а) главное внимание должно быть уделено получению объектов, документов или данных;

б) нельзя требовать от физических лиц объекты, документы или данные, которые могут привести к самооговору (*self-incrimination*);

в) издающее государство должно быть немедленно проинформировано, если исполнение ордера противоречит национальному законодательству.

Обыск и изъятие доказательств обеспечивается следующими дополнительными гарантиями:

а) обыск частного помещения не должен начинаться ночью, за исключением «особых обстоятельств»;

б) лицо, в чьем помещении должен быть произведен обыск, должно получить письменное уведомление (*notification*), в котором указывается, как минимум, причина для поиска объектов, документов и данных;

в) если лицо, в чьем помещении проходит обыск, отсутствует, уведомление должно быть оставлено в обыскиваемом помещении или направлено другим приемлемым способом.

Статья 11 Рамочного решения предоставляет издающему органу право требовать, чтобы исполняющие власти следовали определенным формальностям. Их четыре:

а) если, по мнению издающего органа, существует риск «изменения, повреждения или уничтожения найденных объектов, документов и данных», он может потребовать применить предварительные меры обеспечительного характера. Данное требование должно быть отображено в Форме «В» Приложения;

б) информация, содержащаяся в ордере, конфиденциальна (ст. 4 Протокола 2001 г. к Конвенции ЕС 2000 г. и ст. 33 Конвенции об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности 1990 г.<sup>12</sup>);

в) исполняющее государство должно разрешить инициатору ордера или заинтересованной стороне присутствовать при исполнении ордера. Положение базируется на ст. 4 Конвенции 1959 г. Однако по Рамочному решению (в отличие от положений Конвенции 1959 г.) запрашиваемое государство не вправе отказывать в присутствии при исполнении ордера;

г) издающий орган вправе потребовать от исполняющего органа сделать запись о том, от кого были получены доказательства при исполнении ордера, а затем передать доказательства выдающему государству. Данная норма вытекает из содержания ст. 4 Конвенции ЕС 2000 г. и призвана продемонстрировать целостность «цепи доказательств». Издающее государство может потребовать от исполняющего органа соблюдения определенных процедур, кроме тех случаев, когда их исполнение будет противоречить основным принципам права (*the fundamental principles of law*) исполняющего государства.

Статья 14 закрепляет обязанность по информированию. Она корреспондирует ст. 5 Протокола 2001 г. и требует от исполняющего органа информировать издающий орган, если он считает, что необходимо произвести исследования не только первоначально запрашиваемых данных.

Основания для непризнания или невыполнения ордера закреплены в ст. 15 Рамочного решения, в частности применение принципа «*ne bis in idem*». Отказ также разрешается в случае иммунитета по закону исполняющего государства (см. также Рамочное решение об отмененных приказах). Решение о непризнании ордера принимается судьей и сообщается инициатору ордера. Так исключаются ситуации, в которых полиция или административные органы имеют право опровергнуть судебное решение.

Несколько слов о «двойной преступности» (ст. 16 Решения). По Конвенции 1959 г. «двойная преступность» может быть установлена в качестве условия сотрудничества для получения доказательств только по отношению к обыску и конфискации. По Рамочному решению отказ от исполнения ордера по той причине, что действие, на котором он основан, не является правонарушением по национальным законам исполняющего государства, противоречит принципам взаимного признания судебного решения. Сле-

довательно, нельзя отказаться от исполнения на таких основаниях. Однако для того, чтобы способствовать изменению существующих правил и новому взаимному признанию режима ордера, предлагается две стадии. Статья 16 сужает условия, при которых исполнение ордера может зависеть от «двойной преступности». Кроме того, ст. 24 обеспечивает применение правила о «двойной преступности» только в течение переходного периода.

Статья 17 определяет сроки и процедуры для признания, выполнения ордера и передачи объектов, документов или данных. Издающий орган вправе указать в Форме «А» Приложения, что из-за процедурных сроков или других особенно срочных обстоятельств необходимо в кратчайшие сроки исполнить обязательства. Сходные положения закреплены в ст. 4 Конвенции ЕС 2000 г. Любое решение об отказе в признании и исполнении должно быть вынесено, максимум, в течение 10 дней после получения ордера (такой же срок закреплен в ст. 17(2) Рамочного решения о Европейском ордере на арест).

Исполнение ордера может быть отложено по одной из причин, закрепленных в ст. 18. В противном случае ордер должен быть исполнен немедленно в ситуациях, когда объекты, документы или данные уже находятся под контролем исполняющего органа. В других ситуациях, когда, например, требуются принудительные меры, ордер должен быть исполнен в течение 60 дней со дня его получения.

Передача объектов, документов или данных выдающему ордер государству должна быть произведена в течение 30 дней после исполнения ордера.

В соответствии со ст. 6(2) Конвенции 1959 г. исполняющий орган может потребовать, чтобы объекты, документы или данные были возвращены по минованию надобности.

Статья 18 устанавливает основания для отсрочки исполнения ордера. Отсрочка может иметь место, когда: а) форма заполнена не полностью; б) исполнение может принести вред другому расследованию; в) объекты, документы или данные уже используются в других расследованиях, находящихся в пределах исполнения данного Рамочного решения. Компетентный орган в выдающем государстве должен быть проинформирован о причинах отсрочки и его возможной продолжительности.

После исчезновения оснований для отсрочки исполняющий орган должен предпринять все меры для выполнения ордера и проинформировать компетентного специалиста выдающего государства.

Государства ЕС должны обеспечить права и законные интересы третьих лиц, чтобы сохранить их законные интересы в ситуациях, когда выполнение ордера требует применения принудительных мер (ст. 19 Рамочного решения). Эта статья основывается на положениях Рамочного решения о «замораживании» ордеров.

Статья 20 регулирует возмещение издающим государством исполняющему государству любых расходов, понесенных в процессе выполнения ордера. Сходные нормы имеются в Рамочном решении о «замораживании» ордеров.

В ст. 21 определены правила юрисдикции в отношении компьютерных данных, содержащихся в информационной системе на территории другого государства-члена. В соответствии с п. 1.12 этой статьи «для исполняющего государства законно получить доказательство в виде компьютерных данных и законно получать открытую для доступа информацию из его территории, используя электронные сети сообщений, при условии, что это относится к услугам провайдеров на его территории, несмотря на то что информация хранится на территории другого государства-члена». Каждое государство ЕС должно осуществить проверку своего законодательства на предмет устранения препятствий для получения данных с его территории.

Мониторинг Рамочного решения осуществляет Еврокомиссия. Ее необходимо проинформировать о любых неоднократных проблемах для последующей подготовки отчета Европарламенту и Совету об осуществлении Рамочного решения.

Каждое государство ЕС обязано ежегодно предоставлять следующую информацию:

- а) число ордеров, изданных собственными властями для каждого члена ЕС;
- б) среднее число дней для получения по ордеру объектов, документов или данных от каждого государства ЕС;
- в) число ордеров, в признании которых было отказано каждым государством ЕС или исполнение которых было невозможно, а также перечень причин отказа или неисполнения.

Таким образом, процедура Европейского доказательственного ордера имеет преимущества по сравнению с процедурой правовой помощи по уголовным делам. Плюсы ордера: 1) запрос из другого государства ЕС признается без специального решения национального правоохранительного органа; 2) запросы стандартизированы использованием единой формы; 3) установлены предельные сроки выполнения запросов; 4) предусмотрены минимальные гарантии направления и исполнения; 5) ограничены основания отказа в выполнении запросов.

С 1 января 2005 г. члены ЕС начали реализацию указанного Рамочного решения.

<sup>1</sup> Бюл. междунар. договоров. 2000. № 9. С. 51–59.

<sup>2</sup> Convention of 19 June 1990 Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 on the Gradual Abolition of Checks at the Common Borders // OJ. L 239. 22.09.2000. P. 19.

<sup>3</sup> Convention of 29 May 2000 on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union // OJ. C 197. 12.07.2000. P. 1.

<sup>4</sup> Council Act of 16 October 2001 establishing, in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, the Protocol to the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union // OJ. C 326. 21.11.2001. P. 1.

<sup>5</sup> OJ. C 12. 15.01.2001. P. 10.

<sup>6</sup> OJ. L 190. 18.07.2002. P. 1.

<sup>7</sup> The Draft Framework Decision at the Justice and Home Affairs Council on 27 and 28 February 2003 on Attacks Against Information Systems.

<sup>8</sup> Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services (Framework Directive) // OJ. L 108. 24.04.2002. P. 33.

<sup>9</sup> В частности, издающему органу известны факты и установлено лицо, в отношении которого объекты, документы или данные были найдены.

<sup>10</sup> Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. М., 1998. С. 106–114.

<sup>11</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data // OJ. L 281. 25.11.95. P. 31.

<sup>12</sup> Бюл. междунар. договоров. 2003. № 3. С. 14–46.