
УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

ПРАВОВАЯ ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

© 2015 г. Николай Николаевич Ковтун¹

Аннотация: категория правовой определенности исследуется автором через практические, по сути, коллизии в определении реальных источников российского уголовно-процессуального права и их иерархии, нормативной определенности прецедентов высших судебных инстанций страны, определенности окончательных актов суда и правового статуса субъектов, ими установленного (*res judicata*)

Annotation: The category of legal certainty is analyzed by the author through practical collisions in the definition of real sources of the Russian criminal procedure and their hierarchy, the legal certainty of judicial precedents of Supreme courts, the certainty of definitive court decisions and the legal status of individuals, which is determined by these acts (*res judicata*).

Ключевые слова: верховенство права, правовая определенность, источники права, судебный прецедент, окончательный акт суда, инстанционность судебной проверки.

Key words: supremacy of law, legal certainty, source of law, judicial precedent, definitive court decision, instances of judicial review.

Принято утверждать, что за последние годы Российской Федерацией предприняты весомые шаги по приведению национальной правовой системы в соответствие с европейскими и общими стандартами, в том числе с общепризнанными принципами и нормами международного права. Одним из таких принципов, к которым все чаще апеллируют власть, отраслевая доктрина и практика, является принцип правовой определенности. Причем последний, как правило, трактуется в диалектической связи с фундаментальной идеей верховенства права, выступающей основой (столпом) оптимального функционирования правового государства и гражданского общества. Между тем даже самый беглый анализ доктрины, нормативных источников и актов толкования и применения права свидетельствует об отсутствии необходимой методологической ясности в понимании сути и содержания данного принципа. Как первое, так и второе нередко отождествляются с содержанием таких правовых явлений, как принципы правовой стабильности, неопровержимости окончательных актов суда, общеобязательности постановленных судебных решений, фундаментальной идеи *res judicata* и конституционного правила *non bis in idem*².

В итоге правовая определенность как бы теряет свое самостоятельное содержание, а суть этой категории выражается через лоскуты нормативного содержания иных фундаментальных идей. Соответственно, было бы верным прежде всего определиться в этих исходных моментах и лишь затем переходить к рассмотрению более частных вопросов, касающихся тех или иных проявлений исследуемой фундаментальной идеи в области права и непосредственно правоприменительной деятельности. Тем не менее, учитывая рамки данной работы, мы конвенционально отказываемся как от надуманных, по сути, повторов в исследовании генезиса категории “правовая определенность”, так и от приведения системы аргументов в поддержку позиции того или иного исследователя. Указанное объективно излишне, так как в достаточной мере представлено в монографических и диссертационных исследованиях, в юридической периодике, в выступлениях на конференциях³. В данной связи предмет избранного анализа не искомая (и скорее всего *a priori* недостижимая) определенность научной доктрины относительно сути и содержания исследуемого правового явления, а сугубо практический срез проблемы, суть которой – правовая

¹ Профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса НИУ-ВШЭ – Н. Новгород, доктор юридических наук, профессор (E-mail: kovtunnov@mail.ru).

² См.: Ковтун Н.Н., Шунаев Д.М. Правовая определенность и *res judicata* в решениях Европейского Суда по правам человека // Росс. судья. 2014. № 9. С. 38–42.

³ См., например: Султанов А.Р. Правовая определенность и судебное нормотворчество // Законодательство и экономика. 2007. № 11. С. 39–45; Его же. Правовая определенность и уважение судебного решения, вступившего в законную силу, по делам об оспаривании действий государственных органов // Там же. 2011. № 8. С. 53–64; и др.

определенность функционирующего уголовно-процессуального права России, определенность его источников и их иерархии, нормативная определенность однородных правовых предписаний и практики их применения, определенность окончательных актов суда и правового статуса субъектов, ими определенного.

Есть ли основания для подобной постановки вопроса? Полагаем, что да, ибо несмотря на кажущуюся очевидность заранее готовых ответов негативные коллизии достаточно остро проявляют себя применительно к каждой из групп поставленных на обсуждение проблем и вопросов. Поясним.

1. *Источники российского уголовно-процессуального права, их иерархия.* Казалось бы, где, как не в данном вопросе, изначально нет места для возможных дискуссий, ибо, указав “для порядка”, что в силу п. “о” ст. 71 Конституции РФ уголовное судопроизводство России регулируется исключительно федеральным законом, практически каждый исследователь в итоге резюмирует вывод о том, что фактически иерархия источников этой отрасли права имеет более сложный и динамичный характер. Соответственно, в дальнейшем в той или иной мере в качестве относительно самостоятельных групп исследователями, как правило, анализируются такие формы выражения права, как: (1) общепризнанные принципы и нормы международного права и (2) законы⁴. И если с первой группой источников, как резюмируется, все более или менее ясно или, напротив, совершенно неясно для национальной судебной-следственной практики⁵, то вторая группа форм выражения права перманентно являет все многообразие взглядов и толкований. Причем как в плане правомерности включения того или иного источника в группу, так и надлежащего его “места” в иерархической пирамиде.

Нет, никто не спорит, что главенствующее положение в ней принадлежит Конституции РФ. Надо согласиться и с тем, что далее по иерархической лестнице следуют федеральные кон-

ституционные законы, нормы международного договора (ч. 3 ст. 1 УПК РФ), кодифицированные отраслевые источники (ч. 2 ст. 7 УПК РФ) и иные федеральные законы, нормативно дополняющие отрасль уголовно-процессуального права своим регулятивным содержанием. Все структурно и иерархически выверено, пока предметом анализа и неизбежной дискуссии не становятся акты высшего органа конституционного правосудия. Еще в 2001 г., обращаясь к анализу правовой природы указанных актов и их места в правовом регулировании, мы констатировали доктринальное их отнесение и к судебным прецедентам, и к правовым констатациям, и к правовым презумпциям, и к правовым преюдициям, и непосредственно к актам правотворчества (нормам). Указывалась также позиция, согласно которой эти акты объективно сочетают в себе все из вышеназванных свойств⁶. За прошедшие годы дискуссия несколько не прекратилась, и если некоторые авторы все так же толкуют лишь “о блокирующей силе” актов конституционного правосудия⁷, то другие не только готовы признать, но и вынести к публичной диссертационной защите тезис о нормативном характере актов Суда, принимаемых в форме постановлений, но никак не определений⁸.

Между тем и ранее, и сейчас виделось очевидным, что в целом ряде своих актов Конституционный Суд РФ не только блокирует отдельные нормы отраслевого законодательства, не соответствующие Конституции РФ, но и прямо формулирует новые нормы, причем не имеющие аналогов в действующем уголовно-процессуальном законе. Указанное при этом присуще как итоговым актам Суда, принимаемым в форме постановлений, так и его определениям с положительным содержанием, примеров которым – огромная масса, в силу чего нет ни малейшей возможности ни привести их последовательно, ни дать всесторонний анализ. Впрочем, и это явно излишне, ибо большинство из этих нормативных новаций стали предметом анализа ряда исследователей, справедливо отмечающих как положительные, так и негативные стороны функционирующего “конституционного

⁴ Оговоримся, отдельными исследователями (с конвенциональными условиями и оговорками) характеризуется третья группа источников: “подзаконные нормативные акты”, к которым относят: указы Президента РФ, постановления Государственной Думы РФ (об амнистии), постановления Правительства РФ (см., например: Уголовный процесс России. Учеб. / А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, М.П. Поляков, С.П. Сереброва; науч. ред. В.Т. Томин. М., 2003).

⁵ См., например: Томин В.Т. “Права и свободы человека” – большой блеф XX века. (Уголовный процесс России: аспекты взаимодействия с международным правом). Омск, 2004.

⁶ См.: Ковтун Н.Н. Постановления Конституционного Суда РФ по уголовно-процессуальным вопросам: проблемы законодательной техники и практического применения // Гос. и право. 2001. № 11. С. 99–106.

⁷ См.: Шибанова Е.В. Роль Верховного суда РФ в нивелировании пробелов законодательной техники УК РФ и УПК РФ // Росс. юстиция. 2014. № 10. С. 48.

⁸ См., например: Соколов Т.В. Формы взаимосвязи конституционного и уголовного судопроизводства в контексте доктрины судебного права. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2014.

регулирования”⁹. Для целей данной работы важно иное: (1) какое место в иерархии форм выражения права следует отвести указанным актам; (2) как быть с определенностью права в тех ситуациях, когда акты столь высокого нормативного ранга прямо противоречат сути ранее принятых актов конституционного правосудия, отраслевому закону или наработанной практике высших судебных инстанций страны.

Если отказаться от идеологических догм, ответ на первый вопрос не должен выглядеть сложным. При условии, что мы официально признаем нормативную силу исследуемых актов Суда и правовое значение его позиций и итоговых выводов, нормативная ниша указанных актов сразу за Конституцией РФ, ибо предметом конституционного “толкования” могут быть и федеральные конституционные законы, и нормы международного договора. При этом не факт, что по итогам конституционной проверки они останутся в своем исходном нормативном состоянии; примеры тому в целом известны. В итоге дело за малым – осмелиться признать очевидное либо отказаться от подобного “конституционного” регулирования.

Ответы по второму вопросу не столь однозначны, ибо, во-первых, сам Конституционный Суд РФ пока не готов признавать “ошибочность” ранее высказанных правовых позиций и итоговых выводов или их несоответствие кардинально изменившимся векторам государственного политико-правового режима. Яркое свидетельство тому – Постановление от 2 июля 2013 г. № 16-П¹⁰, вызвавшее как резкое неприятие¹¹, так и редкое одобрение среди деятелей российской уголовно-процессуальной доктрины и практиков¹². При

этом если первые среди иных аргументов прямо указывали на принципиальную несовместимость позиций и итоговых выводов Суда в постановлении от 2 июля 2013 г. № 16-П с позициями и выводами, ранее изложенными в Постановлении от 20 апреля 1999 г. № 7-П¹³, то вторые столь же истово отстаивали “подлинное” и “независимое” назначение суда в общем деле борьбы с преступностью. Между тем для правовой определенности как столпа гражданского общества важны не столько правота или убедительность спорящих, сколько то обстоятельство, что в рамках производства по делу стороны имеют легальную в целом возможность апеллировать к актам конституционного правосудия с равной юридической силой, но с принципиально несовместимыми выводами по одному и тому же предмету. Механизма отмены или корректировки ранее принятых актов конституционного правосудия, как известно, не предусматривает. Действуют и “регулируют” отношения и те, и другие.

Не убеждает и довод о том, что при отправлении правосудия по конкретному уголовному делу “суд разберется”. На наш взгляд, это не та ситуация, где спор и справедливое его разрешение должны зависеть от дискреционного усмотрения судьи, в зависимости от конъюнктуры выбирающего, к каким из итоговых выводов конституционного правосудия ныне полезнее или безопаснее “примкнуть”. Кроме того, для оптимального функционирования гражданского общества сам суд должен состояться как власть, состояться на деле, не мимикрируя в угоду сиюминутным политическим ценностям и векторам перманентно меняющегося политико-правового режима. Пока же концепция ограничения судом государства, как представляется, не прошла испытания ни (исполнительной) властью, ни временем.

Не менее известна уголовному судопроизводству России и непримиримая, по сути, дискус-

⁹ См., например: *Божьев В.П.* “Тихая революция” Конституционного Суда в уголовном процессе Российской Федерации // *Божьев В.П.* Избр. труды. М., 2010. С. 393–415; *Козьявин А.А.* Взгляд на категориальный аппарат науки уголовного судопроизводства через призму правовых позиций Конституционного Суда РФ // *Росс. следователь.* 2013. № 19. С. 23–26; и др.

¹⁰ См.: постановление Конституционного Суда РФ “По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Республики Узбекистан Б.Т. Гадаева и запросом Курганского областного суда” от 2 июля 2013 г. // *Собрание законодательства РФ.* 2013. № 28. Ст. 3881.

¹¹ См.: *Дикарев И.С.* Уголовный процесс: “тихая революция” сменилась реакцией // *Вестник Волгоградск. гос. ун-та. Сер. 5 “Юриспруденция”.* 2013. № 3. С. 98–103; *Ковтун Н.Н.* Суды feta // *Уголовный процесс.* 2013. № 11. С. 20–27; и др.

¹² См.: *Кругликов А.П.* Концепция судебной реформы в Российской Федерации и возвращение судом уголовного дела на дополнительное расследование // *Росс. юстиция.* 2013.

№ 10. С. 37–40; *Рябинина Т.К.* Возвращение уголовного дела прокурору: старые проблемы в новом свете // *Росс. следователь.* 2013. № 24. С. 6–10; *Зайцева Е.А.* Постановление Конституционного Суда РФ по жалобе Б.Т. Гадаева и запросу Курганского областного суда: размышления о праве суда на возвращение уголовных дел прокурору в состязательном уголовном судопроизводстве // *Росс. судья.* 2014. № 5. С. 39–43; и др.

¹³ См.: постановление Конституционного Суда РФ “По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 3 части первой статьи 232, части четвертой статьи 248 и части первой статьи 258 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросами Иркутского районного суда Иркутской области и Советского районного суда города Нижний Новгород” от 20 апреля 1999 г. // *Собрание законодательства РФ.* 1999. № 17. Ст. 2205.

сия о доказательственном значении сведений, полученных в ходе ОРМ или явки с повинной при отсутствии при этом защитника и наличии последующего отказа лица, явившегося с повинной, от указанных сведений. Сторона защиты, как известно, апеллирует к “конституционным” выводам, согласно которым любые объяснения, данные лицом в ходе ОРМ или в ходе следственных/процессуальных действий в отсутствие защитника (в случае последующего отказа от них), являются недопустимым доказательством¹⁴. Сторона обвинения, напротив, решающим считает “конституционный” довод о том, что сведения, полученные от обвиняемого в ходе явки с повинной (в том числе при отсутствии защитника и отказа от этих сведений в дальнейшем), являются допустимым доказательством по делу¹⁵. Примечательно и то, что Верховный Суд РФ вполне определился в этой “доктринальной” дискуссии, в корне пресекая возможные сомнения судей общей юрисдикции в доказательственном значении сведений, полученных от лиц при явке с повинной, но в отсутствие при этом квалифицированной юридической помощи¹⁶.

Небезобидными для позиций сторон и искомой определенности права видятся также суждения высшего органа конституционного правосудия, согласно которым в одном случае деятельность суда по реализации предварительных слушаний (гл. 34 УПК РФ) не должна характеризоваться как судебное разбирательство, ибо под последним понимается исключительно судебное заседание судов первой, второй и надзорной инстанций¹⁷, а в другом случае эта же деятельность однозначно характеризуется Конституционным Судом РФ как деятельность суда первой инстанции¹⁸. Отчасти можно, конечно, понять “реверансы” Суда, связанные с практической целесообразностью столь различного толкования подготовительных действий суда, регламентируемых разделом IX УПК РФ. Тем не менее в легальном своем состоянии указанный раздел, как и ранее, именуется: “Производство в суде первой инстанции”.

Можно и далее множить примеры взаимоисключающих выводов высшего органа конституционного правосудия по одному и тому же предмету, но лучше вспомнить, какой диссонанс в нормативное регулирование внесли выводы Конституционного Суда РФ о том, что приоритет УПК РФ перед другими федеральными законами не является безусловным, а ограничен рамками специального предмета регулирования¹⁹. Фактически разрушив кельзеновскую иерархию источников права “по вертикали”²⁰, правоприменителям при оценке однородных правовых отношений, по сути, предложили “гадать”: с каким предметом правового регулирования имеют дело следственные органы или суд при различном понимании сути процессуальных гарантий, установленных тем или иным федеральным законом? При этом, учитывая властно-распорядительные преимущества следственных органов и судебной власти в практическом уголовном процессе, оказалось: вовсе не факт, что “угадавшая” сторона получала реальные возможности к реализации искомого права.

С явным одобрением восприняты судебно-следственной практикой и конституционно-правовые позиции, согласно которым норма п. 3 ст. 8 Федерального закона “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации” не устанавливает неприкосновенность адвоката, не определяет ни его личную привилегию как гражданина, ни привилегию, связанную с его профессиональным статусом. Поэтому она предполагает получение судебного решения при проведении в отношении адвоката лишь тех ОРМ и следственных действий, которые вторгаются в сферу осуществления им собственно адвокатской деятельности, к каковой в любом случае не может быть отнесено совершение адвокатом преступного деяния как несовместимого со статусом адвоката²¹. В итоге, как резюмируется высшим органом конституционного правосудия, нет и не может быть нарушений закона в той ситуации, когда следственные органы, усматривая в адвокате матерого взяточника или юридического консультанта/пособника в хищении ценностей,

¹⁴ См., например: Определение Конституционного Суда РФ от 14 октября 2004 г. № 326-О, от 15 ноября 2007 г. № 924-О-О, от 16 декабря 2010 г. № 1681-О-О и др.

¹⁵ См., например: Определение Конституционного Суда РФ от 20 октября 2011 г. № 1448-О-О.

¹⁶ См., например: п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ “О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания” от 11 января 2007 г. № 2.

¹⁷ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 июля 2009 г. № 998-О-О.

¹⁸ См., например: Определение Конституционного Суда РФ от 16 февраля 2006 г. № 53-О.

¹⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П; Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. № 439-О, от 2 марта 2006 г. № 54-О, от 15 мая 2007 г. № 371-О-П; и др.

²⁰ См.: Головкин Л.В. Место кодекса в системе источников уголовно-процессуального права // Гос. и право. 2007. № 1. С. 38–45.

²¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 22 марта 2012 г. № 629-О-О, от 17 июля 2012 г. № 1472-О, от 22 апреля 2014 г. № 732-О.

не считают более нужным обращаться за оперативным судебным контролем для реализации в отношении него комплекса оперативных и следственных действий. Гарантии, как резюмировано Конституционным Судом РФ, установлены для законопослушного адвоката, а не для (вполне вероятно!) преступника, который только маскируется своей принципиальностью в процессе, заявляя различного рода ходатайства и мешая установлению истины. Скажете, утрируем – отнюдь, ибо соответствующие примеры из практики уже в целом известны²². Не менее известны и тревоги практикующих адвокатов по сути все более нарабатываемого следственной практикой и судами “правильного” понимания вышеуказанного конституционного толкования²³.

Весомую лепту в создание “норм/толкований” уголовно-процессуального права России внес и Пленум Верховного Суда РФ. Оговоримся: мы вовсе не склонны в очередной раз муссировать вопросы о том, что данному органу в принципе не предоставлено права к толкованию закона, что он относится к судебной, а не к законодательной ветви государственной власти, что максимум его полномочий – разъяснение текущей судебной практики. Эти вопросы множество раз поставлены на обсуждение в российской доктрине, и множить сущности в данной связи если и надо, то лишь при обосновании очередной актуальности диссертационных исследований, но никак не в практическом плане. Нас, повторимся, интересует практический срез проблемы, а он таков, что позволяет суммировать вывод о том, что в ряде своих разъяснений Пленум, по сути, “творит” новые уголовно-процессуальные нормы. В отдельных случаях это должно быть оценено положительно, так как способствует динамичному устранению нормативной пробельности или явных коллизий в практическом применении права. Правовая определенность вряд ли умаляется в своем содержании от подобных новаций. Другое дело, когда в результате подобного “правотворчества” являются нормы, в принципе не соответствующие букве закона, когда определенность последнего поставлена под сомнение. Для примера: ч. 1 ст. 106 УПК РФ достаточно четко определяет легитимные цели залога: (1) обеспе-

чение явки обвиняемого или подозреваемого к следователю или в суд; (2) предупреждение совершения им новых преступлений. Именно эти цели разъясняются залогодателю при внесении залога. Их он обязан обеспечить своим имуществом или иными ценностями. Исключительно при нарушении обвиняемым указанных обязательств залог решением суда может быть обращен в доход государства. Эта определенность во многом служила гарантией того, что залог не мог быть обращен к возмещению ущерба по гражданскому иску, на покрытие процессуальных издержек по делу, принудительно взыскан в обеспечение иных имущественных взысканий. Тем не менее Пленум взял на себя труд уточнить указанную определенность закона и практики, однозначно, в частности, разъяснив, что “обязательства, связанные с внесенным залогом, следует считать нарушенными, если подозреваемый или обвиняемый уклонился от явки по вызову следователя или суда либо другим способом воспрепятствовал производству по делу, или совершил новое преступление”²⁴.

Казалось бы, мелочь – всего одно “уточнение”, однако при столь известных способностях следственных органов к субъективному толкованию возможных препятствий к производству по делу залог (отныне) может быть обращен в доход государства и за нарушение тех обязательств, которые вовсе не брал на себя обвиняемый и которые не обязан был обеспечивать залогодатель. Полагаете, суд выполнит волю закона (ч. 1 ст. 106 УПК РФ), а не толкование пленума? Верим, охотно. Но, если есть такая возможность, для начала обсудите со знакомыми судьями возможные “последствия” в несоблюдении нормы закона и невыполнении разъяснений высшей судебной инстанции страны. При полной откровенности – ответы могут быть весьма интересны.

Столь же неоднозначной нормой явило себя разъяснение Пленума, согласно которому срок нового кассационного производства (гл. 47.1 УПК РФ), призванного к проверке законности окончательных актов суда, для каждой из установленных кассационных инстанций следует исчислять самостоятельно, естественно, не включая в него временные периоды, связанные с истребованием и пересылкой уголовного дела в суд вышестоящей инстанции и единоличным изучением жалобы/представления судьей на предмет наличия в

²² См., например: Кассационное определение Верховного Суда РФ от 26 июля 2012 г. № 47-012-30сп // СПС “КонсультантПлюс”.

²³ См.: Николаев А.Ю. Адвокат как объект ОРМ по делам о пособничестве во взяточничестве // Уголовный процесс. 2014. № 11. С. 16–19; Иванов А.В. Проблемы производства по уголовным делам в отношении адвокатов // Там же. С. 20–26.

²⁴ См.: п. 50 постановления Пленума Верховного Суда РФ “О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога” от 19 декабря 2013 г. № 41.

них действительных кассационных оснований²⁵. По букве данного разъяснения ограниченный и пресекательный срок годичной проверки окончательных актов суда (ч. 3 ст. 401.2 УПК РФ), изначально призванный к обеспечению фундаментального правила *res judicata* и недопустимости поворота к худшему в положении осужденного/оправданного, обращен в легальную фикцию, не гарантирующую более ни правовой стабильности постановленных актов суда, ни правовой определенности в целом²⁶. Этим же постановлением Пленума легитимизированы проверка фактической стороны приговора в суде кассационной инстанции и проверка его справедливости (п. 10 постановления), несмотря на, казалось бы, ясно обозначенную однозначность закона в надлежащем предмете новой кассационной проверки (ст. 401.1 УПК РФ).

“Революционным” явилось и разъяснение Пленума, несколько корректирующее, казалось бы, окончательно сформированные подходы к пониманию сути и правовых последствий конституционного принципа презумпции невиновности (ч. 1 ст. 49 Конституции РФ). Теоретически и практически выстраданными, и оттого непререкаемыми, по сути, основами последнего, как известно, являются выводы о том, что: признать лицо виновным в совершении преступления можно исключительно обвинительным приговором суда, вступившим в законную силу, равно как и деяние, им совершенное, признается преступлением исключительно в том же порядке. Именно на этих исходных посылах основаны десятки, если не сотни монографических и диссертационных работ, актов конституционного правосудия, вступивших в законную силу актов суда, в силу чего было бы напрасным занятием множить необходимые ссылки или изыскивать какие-нибудь дополнительные аргументы в подтверждение правомерности и фундаментальности сказанного. Тем не менее Пленум, не задумываясь особо о нормативных последствиях, вновь поставил на обсуждение порядком забытую дискуссию о правовом значении акта прекраще-

ния уголовного дела по нереабилитирующим основаниям.

Принцип презумпции невиновности, предусмотренный положениями ч. 1 ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК РФ, п. 2 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод²⁷, разъясняет Пленум, является одним из аспектов справедливого судебного разбирательства по уголовному делу. Поэтому в судебном акте не должны использоваться формулировки, из содержания которых следовало бы, что то или иное лицо совершило преступление, тогда как в отношении указанного лица отсутствует вступивший в законную силу обвинительный приговор **или постановление о прекращении уголовного дела по нереабилитирующему основанию**²⁸. Как видим, вопреки конституционному пониманию презумпции невиновности Пленум позволяет себе сомневаться в виновности фигуранта прекращенного уголовного дела и прямо рекомендует судам принять к оценке фактическое наличие акта о прекращении производства по делу в отношении указанных лиц.

Можно и далее множить примеры подобных новаций, но можно суммировать и вывод о том, что у Пленума Верховного Суда РФ явно имеется свое понимание как сути закона, так и необходимого его содержания. Последнее при этом императивно рекомендуется принять к исполнению в рамках отправления правосудия даже при наличии явных коллизий с буквой закона.

Не “отстают” в нормотворчестве и ведомственные структуры. Более или менее объективный анализ ведомственных приказов Генеральной прокуратуры РФ, МВД РФ, СК РФ (etc.) легко выявляет новации, не имеющие аналогов в действующем уголовно-процессуальном законе, вносящие сугубо ведомственную “определенность” в нормативное содержание тех или иных отношений²⁹. В итоге скоро будет сложнее найти государственный орган, который не “поучаствовал” в дополнении уголовного процессуального права России,

²⁵ См.: п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ “О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции” от 28 января 2014 г. № 2.

²⁶ См.: Дикарев И. Разъяснения Пленума Верховного Суда РФ по вопросам производства в суде кассационной инстанции // Уголовное право. 2014. № 2. С. 107–111; Ковтун Н.Н. Кассационное производство: насколько оправданы лапидарные разъяснения пленума // Уголовное судопроизводство. 2014. № 2. С. 26–30; и др.

²⁷ См.: Конвенция о защите прав человека и основных свобод (заключена в Риме 4 ноября 1950 г.) вместе с Протоколом № 1, Протоколом № 4, Протоколом № 7.

²⁸ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней” от 27 июня 2013 г. (п. 15). № 21.

²⁹ См.: Колоколов Н.А. Приказы Генерального прокурора РФ в механизме уголовно-процессуального регулирования // Уголовный процесс. 2008. № 3. С. 49–58; Его же: Генпрокурор восполняет пробелы // <http://www.gazeta-ush.gi/agicle.pllp?l=129>, свободный. – Заглавие с экрана.

чем тот, который наполнил его своим субъективным пониманием.

2. *Судебный прецедент – панацея коллизий в практическом применении права.* Дискуссия о необходимости введения в нормативную ткань судебного прецедента достаточно известна доктрине российского права и практике³⁰. Не менее известны и повторенные бесчисленное количество раз аргументы *pro et contra* относительно практической реализации этой идеи. В данной связи вряд ли необходимо еще раз повторяться в этих моментах, тем более что несмотря на все *contra*, идея о продуктивности подобного “наполнения” права все более набирает сторонников не только среди представителей уголовно-процессуальной доктрины и практиков, но и у российского законодателя. Свидетельством последнего, к примеру, являются внесенные в Государственную Думу Российской Федерации новации, согласно которым суды получают право ссылаться при обосновании итоговых судебных решений на соответствующие разъяснения Пленума как на нормы закона³¹.

Отсюда, конвенционально отказавшись от дальнейших дискуссий о данном предмете, мы готовы, по идее, признать как нормативную продуктивность практической реализации идеи судебного прецедента, так и потенциальную ее эффективность для оперативного обеспечения определенности права. Повторимся – конвенционально, поскольку и здесь объективно требуют своего разрешения проблемы, связанные с исчерпывающей определенностью того, какие именно прецеденты должны быть восприняты в качестве императивных форм выражения права, каковы их обязательность и иерархия в случае противоречий друг с другом. Практически важно и то, какой орган власти судебной обязан обеспечить единство судебного прецедента по одному и тому же предмету.

Ранее нами приводились коллизии, связанные с противоречиями в нормативном содержании “однопредметных”, по сути, актов конституционного правосудия, которые некоторые из исследователей относят к судебному прецеденту. Приводились также примеры коллизий между актами конститу-

ционного правосудия и разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ по одному и тому же вопросу. Для объективности напомним аналогичные, по сути, коллизии между актами Пленума.

Известно, к примеру, как Пленум длительное время “не мог” определиться в вопросе о праве суда, реализующего оперативный судебный контроль (ст. 108 УПК РФ), входить в оценку доказанности факта совершения преступления и причастности к нему обвиняемого/подозреваемого, одновременно, в частности, утверждая, (1) что суд вообще не вправе войти в такую оценку³² и (2) что доказанность указанных фактов есть необходимое условие законного и обоснованного заключения обвиняемого под стражу³³. В итоге при отмене актов суда, принятых в порядке ст. 108 УПК РФ, вышестоящие суды вполне могли “выбирать”, к какому из указанных разъяснений в каждом конкретном случае следует апеллировать для обеспечения столь желанной “законности”.

Столь же не определился Пленум в вопросе о том, как следует поступать судьям в том случае, если в ходе судебного рассмотрения дела по правилам гл. 40 УПК РФ обнаружатся обстоятельства, препятствующие реализации правосудия в особом порядке. В Постановлении от 5 декабря 2006 г. № 60, в частности, разъясняется, что “в случае, когда по делу какие-либо условия, необходимые для постановления приговора без проведения судебного разбирательства в общем порядке, отсутствуют, суд в соответствии с ч. 3 ст. 314 и ч. 6 ст. 316 УПК РФ принимает решение о прекращении особого порядка судебного разбирательства и назначении рассмотрения уголовного дела в общем порядке”³⁴. В Постановлении от 22 декабря 2009 г. № 28 Пленум, напротив, указывает судьям, что “в случае, если потерпевший возражает против заявленного обвиняемым ходатайства (об особом порядке. – *Н.К.*), судебное заседание продолжается в общем порядке (ч. 4 ст. 314 УПК РФ)”³⁵. При этом Пленум, видимо, не тревожит, что “продолжать в общем порядке”

³⁰ См.: Судебная практика как источник права. М., 2000; Зименков А.А. Современный взгляд на правовую природу постановлений Пленумов Верховного суда Российской Федерации // Росс. судья. 2012. № 7. С. 43–46; Павловский О.Б. Судейское нормотворчество как источник новых процессуальных форм // Уголовный процесс. 2013. № 1. С. 58–61.

³¹ См.: Прецедентное право для УПК РФ // Там же. 2014. № 6. С. 6.

³² См.: п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации” от 5 марта 2004 г. № 1.

³³ См.: п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами общепризнанных принципов и норм международного права” от 10 октября 2003 г. № 5.

³⁴ См.: п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел” от 5 декабря 2006 г. № 60.

³⁵ См.: п. 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству” от 22 декабря 2009 г. № 28.

вряд ли получится, ибо о явке в суд (назначенном по правилам гл. 40 УПК РФ) не извещены ни свидетели, ни эксперты, ни специалисты. В итоге скорее всего надо будет все же “вернуться” к стадии подготовительных действий суда к судебному разбирательству (гл. 33, 34 УПК РФ), а “не продолжать в общем порядке”.

Не видится особой определенности и в ситуации с признанием как прецедента актов Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ). Во-первых, как следует из разъяснения Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 21, обязательными для судов являются лишь те правовые позиции и итоговые выводы ЕСПЧ, которые содержатся в окончательных постановлениях ЕСПЧ, принятых в отношении Российской Федерации. Что касается постановлений Суда, принятых в отношении других государств – участников Европейской конвенции, то они лишь учитываются судами Российской Федерации³⁶. В современном политико-дипломатическом тренде “учитываются” – это, видимо, когда подобные решения не признаются, но уважаются³⁷.

Соответственно, к примеру, прецедент ЕСПЧ “Быков против Российской Федерации”³⁸, согласно которому негласная запись преступных событий, сформированная гражданином вне надлежащих процедур оперативного судебного контроля и уголовного судопроизводства в целом, не является доказательством по делу, нами безоговорочно признается³⁹. И напротив, прецедент “Нечипорук и Йонкало против Украины”⁴⁰, где ЕСПЧ отметил недопустимость оставления без надлежащей проверки и оценки судом при разрешении уголовного дела по существу аудио-записи переговоров обвиняемого со свидетелем, нами уважается, но в качестве нормы-императива не признается. Во-вторых, как выяснилось,

окончательные постановления ЕСПЧ, принятые в отношении Российской Федерации, не столь уж и обязательны для органов государственной власти Российской Федерации или судов. Пример тому – Постановление Большой палаты ЕСПЧ по делу В.М. Кононова и крайне эмоциональная реакция на это постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ⁴¹. Власть судебная вполне разделила указанные тревоги законодателей, считая необходимым также предостеречь судей общей юрисдикции от автоматического пересмотра любых дел, по которым ЕСПЧ нашел нарушения⁴². Тщательнее надо подбирать прецеденты, избирательнее.

Как вариант в качестве эталона предлагается признавать прецеденты высших судебных инстанций. Они, как резюмируется, и к практике ближе, и наработанный опыт явно в наличии. Увы, но здесь те же проблемы. Во-первых, в органе, призванном к формированию искомого императивного прецедента; во-вторых, в противоречивости самих прецедентов по одному и тому же вопросу. В отличие от деятелей Великой судебной реформы в Российской Империи 1864 г. или опыта Франции, современных Украины, Эстонии (etc.), где в качестве единой кассационной инстанции и, соответственно, источника единого судебного прецедента функционирует высший орган судебной власти⁴³, в уголовном судопроизводстве России традиционно не ищут “легких путей”. Бесчисленные вариации кассационных и надзорных инстанций, достаточно известные генезису судостроительства России, не только не привели к ясному пониманию искомого органа, формирующего единую судебную практику и прецедент, но и вполне способствовали ситуации, при которой к последним стали относить не только акты Верховного Суда РФ или судов субъектов Федерации, но и решения районных судов⁴⁴.

³⁶ См.: п. 2 постановления Пленума Верховного суда РФ “О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней” от 27 июня 2013 г. № 21.

³⁷ Тренд (от англ. *trend*) – основная, долговременная тенденция; важное, заметное направление в развитии чего-либо; изменение, определяющее общее направление развития.

³⁸ См.: постановление ЕСПЧ “Быков (Bykov) против Российской Федерации” (жалоба № 4378/02) от 10 марта 2009 г. // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=106441>

³⁹ Аналогичное толкование, отметим, дано и высшим органом конституционного правосудия (см., например: Определение Конституционного Суда РФ от 11 мая 2012 г. № 814-О).

⁴⁰ См.: постановление ЕСПЧ “Нечипорук и Йонкало против Украины (Naydyon v. Ukraine)” от 21 апреля 2011 г. (жалоба №42310/04) // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=106441>

⁴¹ См.: Постановление Государственной Думы ФС РФ от 21 мая 2010 г. № 3694-5 // <http://docs.pravo.ru>

⁴² Подробнее см.: Ковлер А.И. Верховный суд предостерег от автоматического пересмотра любых дел, по которым ЕСПЧ нашел нарушение // Уголовный процесс. 2013. № 8. С. 10.

⁴³ Оговоримся, по нормам УПК Украины источником судебного прецедента ввиду коллизий норм материального права является Верховный суд Украины; коллизии норм уголовно-процессуального права разрешаются непосредственно Высшим специализированным судом Украины (см.: Ковтун Н.Н. УПК Российской Федерации и УПК Украины: pro et contra в контексте сравнительно-правового анализа // Уголовное судопроизводство. 2013. № 1. С. 23 – 31).

⁴⁴ См., например: Даровских С.М. Судебные правовые позиции в уголовном судопроизводстве. Дисс. ... доктора юрид. наук. М., 2011.

Последнее, признаем, излишне. Не слишком “весомыми” видятся и прецеденты судов субъектов Федерации; остается – Верховный Суд РФ. Вопрос: в составе коллегий, или все же президиума? Постановка вопроса вызвана тем, что, обращаясь в свое время к исследованию судебного контроля за уголовным преследованием в отношении специальных субъектов уголовного судопроизводства России (гл. 52 УПК РФ), мы были несколько “шокированы” тем фактом, что по одному и тому же вопросу, но с непринципиальной разницей во времени различные составы Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ принимают принципиально различные, по сути, решения⁴⁵. Заинтересовавшись проблемой, стали подбирать аналогичные прецеденты. Оказалось, по отдельным вопросам российского уголовно-процессуального права отмеченное – скорее система, чем исключение. В итоге вера в истинность и эффективность указанных прецедентов отчасти была поколеблена. В поисках эталона обратились к официальным обзорам (кассационной, надзорной) судебной практики, утверждаемым Президиумом Верховного Суда РФ и рекомендуемым судьям как образцы применения права. Естественно, при этом учитывалось, что в качестве эталонных в данных обзорах нередко приводятся итоговые решения тех же судебных коллегий, но уже “освященные” непрерываемым авторитетом Президиума как непогрешимая истина. Что из этого получилось, судите сами.

Дискуссионным для института реабилитации, в частности, оказался вопрос о праве на возмещение понесенных расходов на адвоката при условии, что договор с указанным адвокатом заключен не обвиняемым, находящимся под стражей, а его близкими родственниками и за счет собственных средств. Судебная коллегия Верховного Суда РФ (как отмечено в одном из обзоров⁴⁶) дала достаточно однозначный ответ, признав как правомерность подобного возмещения, так и обоснованность разрешения этих вопросов в порядке гл. 18 УПК РФ. Несколько иное понимание этой проблемы мы находим в актах конституционного правосудия. Как резюмирует Конституционный Суд РФ, “если договор об оказании юридической помощи был заключен не самим реабилитированным, а его родственником, право на возмещение

вреда возникает, но реализовано оно может быть в порядке гражданского судопроизводства с учетом положений ст. 1070 ГК РФ”⁴⁷. Разница, как представляется, существенна. Отсюда тот же вопрос: с каким из названных прецедентов заинтересованным лицам следует апеллировать к судебным инстанциям для защиты своего интереса? какой из них “выберет” суд для законного и обоснованного разрешения спора?

Практической составляющей применения судебного прецедента достаточно известны также коллизии, связанные с иерархической соподчиненностью и обязательностью прецедентов, принятых по правилам различных судопроизводств: уголовного, гражданского, арбитражного (etc.). Напомним для примера известное дело гражданина Т.Р. Суринова. Как известно, по данному делу предметом непримиримой коллизии явились решения высших судебных инстанций России, принятые по правилам арбитражного и уголовного судопроизводства. Согласно первым финансово-хозяйственная деятельность Т.Р. Суринова признана законной и в целом соответствующей требованиям как гражданского законодательства, так и обычаям делового оборота. Согласно второму решению та же деятельность Т.Р. Суринова признана преступлением, и он приговорен к весьма длительному сроку лишения свободы. Многочисленные жалобы стороны защиты по сути данной коллизии в суды различных инстанций результата не дали, в силу чего она стала предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ. Согласно итоговым позициям и выводам последнего были кардинально изменены нормы ст. 90 УПК РФ. Императивом для правосудия стала необходимость учета преюдициального значения окончательных актов суда, принятых в том или ином процессуальном порядке⁴⁸. Эти выводы в целом известны и не предмет для повторов. Для нас принципиально иное: в соответствии с высказанными конституционно-правовыми позициями и нормативными изменениями ст. 90 УПК РФ дела Т.Р. Суринова подлежали пересмотру с учетом и на основе имеющихся преюдиций. Они, признаем, были пересмотрены – закон был соблюден.

⁴⁵ См.: Ковтун Н.Н. Оперативный судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: фикция или конституционная, по сути, гарантия? // Гос. и право. 2011. № 1. С. 60–69.

⁴⁶ См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда РФ от 18 февраля 2010 № 78-О10-9 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 8. С. 37.

⁴⁷ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 11 мая 2013 № 665-О (цит. по: Михеенкова М.А. Вопросы реабилитации в разъяснениях высших судов России и ЕСПЧ // Уголовный процесс. 2014. № 4. С. 26).

⁴⁸ См.: Определение Конституционного Суда РФ “По жалобе гражданина Суринова Татевоса Романовича на нарушение его конституционных прав статьей 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации” от 15 января 2008 г. № 193-О-П // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_76191/

Но, как известно, Высший арбитражный суд РФ не нашел оснований для отмены или изменения своих (ранее принятых) актов, полагая, что итоговые решения по делу Т.Р. Суринова вынесены в соответствии с законом и на основе объективного исследования и оценки всех имеющихся материалов. Верховный Суд РФ по итогам проверки в свою очередь констатировал, что оснований для отмены обвинительного приговора в отношении Т.Р. Суринова не имеется, ибо постановленный акт правосудия – законный, фактически обоснованный и, как констатируется, справедливый. В итоге при наличии двух взаимоисключающих прецедентов высших органов власти судебной, властного акта конституционного правосудия и императивных предписаний ст. 90 УПК РФ Т.Р. Суринову подлежало отбыть, что назначено, и лишь затем дискутировать о сути и правовом значении прецедента – источника права в уголовном судопроизводстве России.

3. *Правовая определенность и res judicata окончательных актов суда.* Суждение о том, что *res judicata* окончательных актов суда есть неотъемлемый элемент определенности права, известно еще со времен классического римского права⁴⁹. Известны и основные постулаты этой фундаментальной идеи, суть которых прежде всего – в правовой стабильности и неизменности окончательных актов суда и правовых состояний, ими определенных. Соответственно, в этой связи идеальной моделью для *res judicata* и правила *non bis in idem* как материального его выражения почитался процессуальный порядок, при котором спор, разрешенный по существу в суде первой инстанции, подлежал всесторонней проверке исключительно в одной судебной инстанции (апелляция). В дальнейшем, вступая в законную силу, решения (по исключительным основаниям) могли быть проверены лишь на предмет нарушений закона (кассация) и при отсутствии или исправлении оных приобретали характер окончательных актов, которые ни пересмотру, ни обсуждению не подлежали⁵⁰. Тем самым обеспечивались как авторитет суда и судебных решений, так и правовая определенность, по сути, решенного спора и окончательного статуса

его субъектов, судом установленного. Преодоление указанных правил было практически невозможным. Неудивительно, что во многом по этой исходной “модели” деятелями Великой судебной реформы 1864 г. было организовано правосудие в судах Российской Империи. Эта же, по сути, модель – в основе уголовного судопроизводства Германии, Франции, современных Украины, Эстонии, Казахстана (etc.).

Что же Россия – она с известных событий октября 1917 г. все ищет идеал уголовной юстиции, призванный одновременно обеспечить и *res judicata*, и столь желанную законность в самобытно-русской ее интерпретации, и множество дублирующих судебных инстанций, аналогов которым в иных правовых системах в принципе не наблюдается. Отсюда, перманентные декларации к очередной судебной реформе и реальные ее результаты – вещи нередко несовместимые. По итогам “последней”, к примеру от 29 декабря 2010 г., озаглавленной Федеральным законом № 433-ФЗ⁵¹, окончательные акты суда проверяются (отменяются/изменяются) в двух кассационных инстанциях и еще раз – в инстанции надзорной. Решение последней также не есть *res judicata*, ибо по смыслу п. 5 ч. 3 ст. 412.1 УПК РФ постановление Президиума Верховного Суда РФ может быть пересмотрено в том же Президиуме; причем какое именно количество раз – законом не оговорено. Кроме того, как ранее уже отмечалось, Пленум Верховного Суда РФ весьма своеобразно толкует как пресекательные сроки возможной проверки/отмены окончательных актов суда⁵², так и законодательно ограниченный предмет подобной проверки, разрешая, по сути, оценку и фактической их стороны, и справедливости. В основе указанных титанических усилий суда – все та же категория публичной законности и декларации о приоритете интересов и прав заинтересованных лиц. Нет, мы, конечно, понимаем, что, в отличие

⁵¹ См.: Федеральный закон “О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации” от 29 декабря 2010 г. // Росс. газ. 2010. 31 дек.

⁵² В соответствии с новациями от 31 декабря 2014 г. сторона защиты более не ограничена пресекательным сроком для обжалования окончательных актов суда и инициации кассационной отмены/изменения приговора, вступившего в законную силу в своих интересах. Тем самым *res judicata* утратила одну из последних своих процессуальных гарантий (см.: Федеральный закон “О внесении изменений в статьи 401.2 и 412.2 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Российской Федерации” от 31 декабря 2014 г. // Там же. 2015. 12 янв.

⁴⁹ Подробнее см.: *Смбатян А.С.* Принцип *res judicata* в международном публичном праве: современное прочтение // *Международное публичное и частное право*. 2012. № 1. С. 3.

⁵⁰ См.: *Головкин Л.В.* Новеллы УПК РФ: прогресс или институциональный хаос? // В кн.: *Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ, УПК РФ. Первый опыт критического осмысления* / Колл. авт. / Под общ. ред. Н.А. Колоколова. М., 2011. С. 43–57.

от “французской” или “эстонской” законности, права и законные интересы граждан Российской Федерации обеспечиваются несравненно надежнее и лучше. Но чтобы настолько?!

Полагаем, надо суммировать. В последнее время все громче звучат суждения о необходимости разработки и принятия нового УПК Российской Федерации⁵³; естественно, принципиально отличного от ранее принятых, основанного на подлинно демократических и состязательных, по сути, началах, внутренне согласованного, максимально оптимального для практической деятельности. О судоустройственных проблемах вспоминают значительно реже. Между тем вряд ли надо дока-

зывать, что уголовное судопроизводство России – достаточно сложная и диалектически взаимосвязанная система. Соответственно, без разрешения озвученных выше проблем мы перманентно будем иметь ситуацию, блестяще охарактеризованную в свое время А.Ф. Кони накануне реформ 1864 г., ибо в преддверии последних уголовно-процессуальное право России являло собой “бессвязное собрание самых разнородных и разновременных постановлений, механически слившихся воедино статьи Уложения царя Алексея Михайловича, указы Петра и, как выразился в 1835 г. Государственный Совет, “виды правительства”, обнаруженные в 1784, 1796, 1809 и 1823 гг.”⁵⁴.

⁵³ См., например: *Смирнов А.В.* Почему России нужен новый Уголовно-процессуальный кодекс? // *Уголовный процесс.* 2014. № 9. С. 74–86.

⁵⁴ *Кони А.Ф.* Введение к систематическому комментарию к Уставу уголовного судопроизводства / Под ред. М.Н. Гернета. Вып. I. М., 1915. С. 13.