

Акты конституционного правосудия как фактор декодификации УПК РФ

Николай Николаевич КОВТУН,

профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Государственного университета — Высшей школы экономики, доктор юридических наук

Несмотря на более чем шестилетнее функционирование УПК РФ в правовой системе России, вызывает сомнение тот факт, что данный нормативный акт действительно представляет собой кодекс в его классическом понимании. Во-первых, при детальном анализе данного акта становится очевидным, что в ходе предпринятой «кодификации» не состоялось должного упорядочивания, внешней и внутренней переработки всех источников уголовно-процессуального права России и, соответственно, их систематизации в принятом Кодексе. Во-вторых, возникли серьезные сомнения относительно приоритета норм УПК РФ перед нормами иных федеральных законов в регулировании реализующихся уголовно-процессуальных отношений. Между тем последнее, как известно, является неотъемлемым свойством кодифицированного нормативного акта, имеющего единый предмет правового регулирования.

Прежде всего, следует определиться в иерархии источников современного уголовно-процессуального права России (по вертикали)¹, оставив за рамками данной работы все многообразие позиций и мнений в этом вопросе. Названная задача имеет не только теоретическое, но и непосредственное практическое значение, ибо система, подлежащих кодификации актов (норм), предложенная законодателю и кодификаторам УПК РФ (2001 г.), оказалась куда как несравненно шире, чем, например, при кодификации УПК РСФСР (1960 г.).

Отдельную группу в системе данных источников, как известно, занимают общепризнанные принципы и нормы международного права (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ). Говорить о том, что эта группа источников в сколько-нибудь систематизированном и упорядоченном виде была учтена и включена в систему норм УПК РФ, было бы пустой декларацией. Законодатель, вообще не называя

¹ См.: Kelsen H. Theorie pure du droit/trad. de H. Thevenaz. Neuchatel, 1988. P. 131.

данных источников в системе норм УПК РФ², оговорился лишь в том, что они являются составной частью уголовно-процессуального законодательства России (ч. 3 ст. 1 УПК РФ). Насколько составной, учитывая российские правовые «традиции» и правосознание общества, – покажет время. Пока же, если ссылки на эту группу источников и имеют место, то, как правило, лишь в актах конституционного правосудия и в большинстве случаев в их описательно-мотивировочной части.

Поэтому, куда как более значимой для кодификаторов являлась вторая группа источников, иерархически выстроенная по вертикали уголовно-процессуальными нормами: (1) Конституции РФ; (2) федеральных конституционных законов; (3) международных договоров РФ; (4) федеральных законов, приоритет среди которых, по идее, должен быть отдан УПК РФ, как единому кодифицированному нормативному акту³.

Иерархию, правда, несколько «разрушают» акты конституционного правосудия, воспринимаемые целым рядом исследователей как: (1) конституционные нормы⁴; (2) судебные прецеденты⁵; (3) правовые констатации; (4) решения преюдициального плана⁶; (5) система всех или отдельных из названных свойств⁷. Известен также тезис о том, что правовые позиции, выраженные в актах Конституционного Суда РФ, во многом напоминают правовую доктрину⁸, либо это своего рода правовые обыкновения (что особенно проявляет себя в решениях по уголовно-процессуальным вопросам)⁹.

Полагая эти вопросы достаточно исследованными в теории российской науки, оговоримся лишь в том, что, в силу ч. 3 ст. 79 Федерального конституционного закона от 21.07.94 №1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»

² Упущение кодификаторов и законодателя, отчасти, «сглаживают» разъяснения Пленума Верховного суда РФ №8 от 31.10.95 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» и от 10.10.2003 №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ», приводящие перечень некоторых из нормативных актов, включающих в себя общепризнанные нормы и принципы международного права.

³ См.: Ковтун Н. Н. Уголовный процесс России: Учебник. Глава 2: Уголовно-процессуальное право России / А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, М. П. Поляков, С.П. Сереброва; Научн. ред. В.Т. Томин. М: Юрайт-Издат, 2003. С. 49–67.

⁴ См.: Хабриева Т.А. Толкование Конституции РФ. Теория и практика. С. 10; Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития // В кн.: Судебная практика как источник права. М.: Юрист, 2000. С. 41–42.

⁵ См.: Витрук Н. М. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах. Программа международного форума. Москва 26 апреля 1999 г. М., 1999; и др.

⁶ См.: Выступление Т. Г. Морщаковой: Судебный конституционный контроль в России: уроки, проблемы и перспективы: Обзор научно-практической конференции // Государство и право. 1997. №5. С. 8.

⁷ См. по этому поводу: Лазарев Л.В. Конституционный Суд и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11. С. 3–13; и др.

⁸ См.: Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права – судебном прецеденте и доктрине // В кн.: Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 91–97.

⁹ См.: Лазарев В. В. Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы совершенствования: Сб. статей. Т. 2. С. 48.

(далее – ФКЗ), акты конституционного правосудия воспринимаются нами непосредственно в качестве нормативных источников (норм)¹⁰. Причем юридическая сила последних вполне позволяет расположить их в иерархии приведенной системы сразу за Конституцией РФ. Для предмета исследования принципиально и то, что в целом ряде своих актов Конституционный Суд РФ не столько проверил соответствие оспоренных заявителями норм отраслевого законодательства Конституции РФ, сколько создал новые правила поведения (нормы), либо не имеющие аналогов в действующем уголовно-процессуальном законе, либо вступающие в явное противоречие с имеющимися законоположениями.

Часть из этих актов-норм, являя себя как безусловно существенный фактор декодификации норм УПК РСФСР (1960 г.), была достаточно адекватно воспринята кодификаторами, переработана и органично введена в ткань нового УПК РФ (2001 г.), соответственно изменив правовое регулирование ряда уголовно-процессуальных отношений в соответствии с высказанными конституционно-правовыми позициями или итоговыми выводами Конституционного Суда РФ.

Так, несколько опережающими по времени, но адекватно воспринятыми кодификаторами стали правовые позиции, изложенные в постановлении Конституционного Суда РФ от 23.03.99 №5–П, которыми суд впервые признал допустимым обжалование и судебную проверку действий и решений органа предварительного расследования о законности и обоснованности производства обыска, наложении ареста на имущество, приостановлении производства по делу или продлении сроков следствия¹¹.

Конституционно-правовые позиции, изложенные в Постановлении от 27.06.2000 №11–П и более полно обеспечивающие право участника процесса на квалифицированную юридическую помощь защитника-адвоката, нашли свое нормативное воплощение в п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ¹².

Усилиями Конституционного Суда РФ был положительно решен и не такой уж принципиальный для законодателя вопрос о допуске к участию в судебных прениях потерпевшего¹³, десятилетиями высказываемый в качестве предложений *de lege*

¹⁰ См.: Ковтун Н.Н. Постановления Конституционного Суда РФ по уголовно-процессуальным вопросам: проблемы законодательной техники и практического применения // Государство и право. 2001. № 11. С. 99.

¹¹ Постановление Конституционного Суда РФ № 5-П от 23.03.99 «По делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан В. К. Борисова, Б. А. Кехмана, В. И. Монастырецкого, Д. И. Фуфлыгина и общества с ограниченной ответственностью «Моноком».

¹² Постановление Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 г. №11-П «По делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гр. В.И. Маслова».

¹³ Постановление Конституционного Суда РФ от 15.01.99 «По делу о проверке конституционности положений чч. 1 и 2 ст. 295 УПК РСФСР в связи с жалобой гр-на М. А. Клюева».

ferenda в целом ряде работ¹⁴, и, наконец, нашедший свое нормативное разрешение в нормах ч. 2 ст. 292 УПК РФ.

Не только весьма продуктивным, но и жизненно необходимым в плане обеспечения прав граждан на пересмотр их дела вышестоящим судом явилось постановление Конституционного Суда РФ от 06.07.98 № 21-П, позволяющее обжаловать в кассационном порядке решения, вынесенные по первой инстанции Верховным Судом РФ¹⁵.

Другая, не столь «резонансная», часть актов конституционного правосудия, принятая Конституционным Судом РФ на момент кодификации, но не вызывавшая особого интереса у представителей уголовно-процессуальной науки, не удостоилась «внимания» законодателя, и в силу ч. 3 ст. 79 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» осталась непосредственно действующей, не найдя своего места в системе УПК РФ.

К примеру, еще в Постановлении от 18.02.2000 №3-П суд сформулировал правовую позицию, в соответствии с которой лица, чьи права и свободы затрагиваются решением следственных органов об отказе в возбуждении уголовного дела, имеют право на ознакомление с материалами предварительной проверки¹⁶. Однако, не будучи восприняты в ходе кодификации, названные правовые позиции-нормы в силу пробельности соответствующих норм УПК РФ, все также вызывают конфликты между заявителями и правоохранительными органами, отказывающимися, со ссылками на нормы гл. 19-20 УПК РФ, в обеспечении данного права.

Не были восприняты в ходе кодификации полностью или в части и иные акты Конституционного Суда РФ, например, от 02.02.96¹⁷; от 10.12.98¹⁸, от 27.06.2000¹⁹. В итоге, уже к моменту принятия и введения в действие УПК РФ он объективно являл признаки декодификации ряда своих предписаний, заставляя правоприменителей каждый раз сверять те или иные положения Кодекса с сохраняющими силу актами конституционного правосудия, не учтенными законодателем.

Та же проблема декодификации норм УПК РФ все более являет себя с принятием каждого нового акта Конституционного Суда РФ в настоящее время, ибо,

¹⁴ См.: Божьев В. П. Потерпевший в советском уголовном процессе // Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М.: ВИЮН, 1963. С. 12–13.

¹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 06.07.98 № 21-П «По делу о проверке конституционности ч. 5 ст. 325 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.В. Шаглия».

¹⁶ См.: Вестник Конституционного Суда РФ. 2000. №3. С. 32.

¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 02.02.96 «По делу о проверке конституционности п. 5 ч. 2 ст. 371, ч. 3 ст. 374 и п. 4 ч. 2 ст. 384 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан К.М. Кульнева, В.С. Лалуева, Ю.В. Лукашова и И.П. Серебренникова».

¹⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 10.12.98 №27-П «По делу о проверке конституционности ч. 2 ст. 335 УПК РСФСР в связи с жалобой гр. М.А. Баронина».

¹⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 №11-П «По делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гр. В.И. Маслова».

несмотря на около 700 изменений и дополнений, внесенных в названный акт с 2001 г., целый ряд его институтов и норм не приведен в соответствие с высказанными Судом конституционно-правовыми позициями²⁰.

Так, ч. 7 ст. 236 УПК РФ, несмотря на умолчание законодателя в этом вопросе, более не может рассматриваться как основание для отказа в обжаловании и пересмотре принятого по результатам предварительного слушания судебного решения о возвращении уголовного дела прокурору²¹.

Положения ч. 5 ст. 246 и ч. 3 ст. 278 УПК РФ не дают суду права допрашивать дознавателя и следователя о содержании показаний, данных в ходе досудебного производства подозреваемым или обвиняемым. Соответственно, они не могут быть восприняты как допускающие возможность восстановления содержания этих показаний²².

Пункт 13 ст. 47 УПК РФ, по мнению суда, прямо закрепляет право обвиняемого снимать копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств, и не связывает возможность его реализации лишь с одной или несколькими стадиями уголовного процесса. В силу чего он не может расцениваться как препятствующий заявителю получать копии материалов уголовного дела, с которыми он имеет право знакомиться в ходе предварительного расследования²³.

Статьи 133, 134 и 246 УПК РФ не содержат положений, исключающих возмещение вреда лицу, в отношении которого был вынесено постановление о прекращении уголовного преследования по реабилитирующему основанию, по той лишь причине, что одновременно это лицо признано виновным в совершении другого преступления. По смыслу закона, в таких ситуациях суд, исходя из обстоятельств дела, руководствуясь принципами справедливости и приоритета прав и свобод человека и гражданина, может принять решение о возмещении частично реабилитированному лицу вреда, если такой был причинен в результате уголовного преследования по обвинению, не нашедшему подтверждения в ходе судебного разбирательства²⁴.

²⁰ Подробнее см.: Ковтун Н.Н. Акты конституционного правосудия в контексте конкретизации институтов и норм уголовного судопроизводства России / Н. Н. Ковтун, Н.А. Климентьева // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики / Под ред. В.М. Баранова – Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2008. С. 642–651.

²¹ Определение Конституционного Суда РФ от 20.10.2005 № 404-О «По жалобе гражданки Вержужской Л.Г. на нарушение ее конституционных прав ч. 7 ст. 236 УПК РФ».

²² Определение Конституционного Суда РФ №44-О от 06.02.2004 «По жалобе гражданина Демьяненко В.Н. на нарушение его конституционных прав положениями статей 56, 246, 278 и 335 УПК РФ».

²³ Определение Конституционного Суда РФ от 24.02.2005 №133-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Ляшенко А. Н. на нарушение его конституционных прав п. 13 ч. 4 ст. 47 УПК РФ».

²⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 20.06.2006 № 270-О «По жалобе гр. Романова И. В. на нарушение

Весьма примечательна и избирательность подходов законодателя в определении «очередности» учета и введения в его нормативную ткань тех или иных конституционно-правовых позиций или итоговых выводов суда. Так, если конституционно-правовые позиции относительно сути норм УПК РФ, связанных с регламентацией надлежащей процедуры выемки документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях²⁵; возможного обыска в помещении адвокатской фирмы²⁶; выемки сервера в аудиторской фирме²⁷, были весьма скоро восприняты законодателем и введены в нормативную ткань УПК РФ Федеральным законом от 05.06.2007 № 87-ФЗ, то, к примеру, правовые позиции Суда, изложенные в Постановлении от 08.12.2003 №18-П²⁸ или Определении от 05.12.2003 №446-О²⁹, все еще требуют обращения непосредственно к актам конституционного правосудия.

Столь же «избирательно» законодатель подошел к упорядочиванию, внутренней и внешней переработке, а равно систематизации иных источников уголовно-процессуального права России. К примеру, при обращении к нормам федеральных конституционных законов (действовавших на момент кодификации), юридическая сила которых, как известно, несравненно выше норм УПК РФ, во-первых, легко обнаруживают себя противоречия в однородных, по сути, правовых предписаниях. Во-вторых, налицо отсутствие в системе УПК РФ аналога ряда норм, содержащихся в федеральных конституционных законах и имеющих предмет регулирования по сути уголовно-процессуальные отношения.

Среди принципиальных новелл УПК РФ, к примеру, отказ от института народных заседателей, уравнивание прав стороны защиты и обвинения в вопросах обжалования судебных решений. Следствием последнего, к примеру, стал полный отказ в нормах УПК РФ от такой формы прокурорского реагирования, как

ние его конституционных прав п. 2 ч. 2 ст. 133, ч. 1 ст. 134 и ч. 7 ст. 246 УПК РФ, а также положениями ряда правовых актов, определяющих порядок возмещения ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями органами дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда».

²⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 19.01.2005 № 10-О «По жалобе открытого акционерного общества «Универсальный коммерческий банк «Эра» на нарушение конституционных прав и свобод чч. 2 и 4 ст. 182 УПК РФ».

²⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 № 439-О «По жалобе граждан С. В. Бородин, В. Н. Буробина, А. В. Быковского и др. на нарушение их конституционных прав ст. 7, 29, 182 и 183 УПК РФ».

²⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 02.03.2006 № 54-О «По жалобе ООО «Аудиторская фирма «АристалЮКС» на нарушение конституционных прав и свобод положениями статей 7, 75 и 183 УПК РФ».

²⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 №18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан».

²⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 05.12.2003 № 446-О «По жалобам гр. Л.Д. Вальдмана, С.М. Григорьева и региональной общественной организации «Объединение вкладчиков «МММ» на нарушение конституционных прав и свобод рядом положений Уголовно-процессуального кодекса РФ, Арбитражного процессуального кодекса РФ и Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре РФ».

(апелляционный, кассационный или надзорный) протест и наделение прокурора, как стороны, лишь правом вносить в суд представление с ходатайством об отмене судебного акта. Новеллы весьма прогрессивны, по виду. Однако есть и проблемы. При обращении, например, к Федеральному конституционному закону от 23.06.99 № 1-ФКЗ «О военных судах Российской Федерации» именно протест, как форма прокурорского реагирования, урегулирован нормами ст. 9, 10, 11, 14, 15, 16, 18 закона, порождая, как представляется, вполне обоснованные стремления прокуроров именно протестовать по сути незаконных и необоснованных судебных решений, а не просто вносить представление.

На тот же протест, а не на представление, прокурора в уголовном процессе указывают и нормы п. 4 ч. 1 ст. 29 ФКЗ от 26.02.97 № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации». В данной связи возможные апелляции суда о том, что «прошение» об отмене (или изменении) приговора внесено прокурором в ненадлежащей процессуальной форме и потому не может быть принято к рассмотрению, вполне может быть оспорено представителями прокуратуры со ссылками на регулирование и акт более весомой юридической силы, чем нормы обычного Кодекса.

Искушенные в казуистике юридических споров адвокаты вполне могут требовать от суда и рассмотрения уголовного дела в отношении их доверителя в составе судьи и двух народных заседателей. Названное требование при этом видится весьма обоснованным. Несмотря на отказ законодателя в нормах УПК РФ от этой формы судебного разбирательства, указание на судью и народных заседателей, как на законный судебный состав, достаточно легко обнаруживает себя при обращении, например, к ч. 2 и 5 ст. 5, ч. 2 ст. 8 ФКЗ от 31.12.96 №1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», а также в нормах п. 1 ч. 4 ст. 10, п. 2 ч. 1 ст. 15, п. 1 ч. 1 ст. 23, ст. 43 ФКЗ «О военных судах Российской Федерации».

Нарушают системность в правовом регулировании и противоречия в однородных, по сути, правовых предписаниях. К примеру, нормы ч. 4 ст. 30 УПК РФ, определяя (законный) состав суда надзорной инстанции, прямо указывают на то, что он правомочен «...в составе не менее трех судей федерального суда общей юрисдикции». При этом один из них председательствует в судебном заседании. Однако законодателя весьма своевременно «поправляют» нормы ч. 2 ст. 17 ФКЗ «О военных судах РФ», в соответствии с устоявшимися правовыми традициями содержащее законоположение о том, что заседание президиума надзорного суда все же правомочно к рассмотрению дела, если на данном судебном заседании

присутствует большинство членов президиума. Благо названная норма закона, в целом соответствующая еще предписаниям УПК РСФСР (1960 г.), настолько прочно вошла в правосознание судей, что членам президиума, судя по анализу судебной практики, ни разу не пришлось в голову провести заседание «...в составе не менее трех судей», как это предписывает УПК РФ (2001 г.).

Не воспринятыми УПК РФ остались и нормы ст. 12 ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» о том, что Уполномоченный не может быть привлечен к уголовной ответственности без согласия Государственной Думы РФ (п. 7 ч. 1 ст. 448 УПК); что в соответствии с ч. 2 ст. 24 закона он вправе отказаться от дачи свидетельских показаний по вопросам связанным с его деятельностью (ч. 3 ст. 56 УПК); что в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 29 закона Уполномоченный вправе участвовать в заседании суда надзорной инстанции (ст. 407 УПК). Каждая из этих норм, оказавшись вне внимания законодателя, тем не менее, и сейчас остается действующей, внося дисбаланс в единое правовое регулирование.

За рамками кодификации остались и уголовно-процессуальные нормы международных договоров. Определяя их роль в правовом регулировании и системе норм УПК РФ, законодатель лишь оговорился в вопросе о том, что «...если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные настоящим Кодексом, то применяются правила международного договора» (ч. 3 ст. 1 УПК РФ)³⁰.

Оригинальным приемом законодательной техники были внутренне и внешне переработаны, упорядочены и «систематизированы» и нормы иных федеральных законов, имеющие отношение к уголовно-процессуальному регулированию. Учитывая крайнюю трудоемкость этого процесса, авторы кодекса непосредственно в нормах УПК РФ и применительно к сути идеи законности дважды указали на то, что: «суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель не вправе применять федеральный закон, противоречащий настоящему Кодексу» (ч. 1 ст. 7); а также, что «суд, установив в ходе производства по уголовному делу несоответствие федерального закона или иного нормативного правового акта настоящему Кодексу, принимает решение в соответствии с настоящим Кодексом» (ч. 2 ст. 7).

³⁰ Ответ на вопрос о том, насколько часто и точно они «применяются» в уголовном судопроизводстве России в десятках и сотнях, по сути, «клоновых» дел, принятых к производству Европейским судом по правам человека. Подробнее см., напр.: Ковтун Н. Н. Европейская конвенция и акты Европейского Суда по правам человека в механизме обеспечения прав и свобод личности при осуществлении уголовного судопроизводства России: Учебное пособие. / Н. Н. Ковтун, А. С. Симагин – Нижний Новгород, 2007. 126 с.

Более того, чтобы сомнений в серьезности «кодификационных» намерений законодателя в этом вопросе не осталось, в Федеральном законе от 18.12.2001 № 177-ФЗ «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» было специально указано, что все нормативно-правовые акты, связанные с УПК РФ подлежат приведению в соответствие с ним.

Приведенные конструкции, в общем, снимают проблемы в кодификации норм федерального законодательства. Однако они же порождают сомнения в том, что в 2001 г. кодификация уголовно-процессуального права России, как таковая, действительно состоялась, ибо целый ряд процессуальных норм, содержащихся в законе о прокуратуре, о милиции, о статусе судей, о судеоустройстве никто не систематизировал, не упорядочивал, не сводил в системное непротиворечивое целое. Фактически – не кодифицировал. Несмотря на принятие и введение в действие УПК РФ, они остаются системной частью российского уголовно-процессуального права, образования, несомненно, более целого чем «кодифицированный» уголовно-процессуальный закон, продолжая (по мере сил и возможностей) регулировать ту или иную область складывающихся правовых отношений. В этом контексте, при соблюдении целого ряда условий и оговорок, процесс, связанный с разработкой, принятием и введением в действие УПК РФ, можно скорее охарактеризовать как состоявшуюся рекодификацию ранее действовавшего уголовно-процессуального кодекса, но никак не кодификацию новейшего уголовно-процессуального права России³¹. К тому же, как показало время, процессуальные нормы федерального законодательства так и не были приведены в соответствие с нормами УПК РФ.

Так, 31.05.2001 был принят Федеральный закон №73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», ст. 21 которого, определяющая понятие комиссионной и комплексной экспертизы, явно не соответствует аналогичным нормам ст. 200 и 201 УПК РФ. Эксперты-криминалисты настаивают на методологической точности именно своей дефиниции, процессуалисты – своей³². Уступать никто не желает.

В свою очередь, норма ст. 14 названного Закона, в части касающейся необходимости разъяснения руководителем государственного экспертного учреждения прав и обязанностей эксперта при экспертизе, не согласуется с

³¹ Подробнее см.: Головки Л. В. Место кодекса в системе источников уголовно-процессуального права // Государство и право. 2007. № 1. С. 44.

³² См.: Тарасов А., Тарасов М. О коллизиях в нормативной регламентации судебно-экспертной деятельности // Уголовное право. 2008. №1. С. 98–103.

аналогичными предписаниями ч. 2 ст. 199 УПК РФ. Тем не менее, и по прошествии шести лет действия УПК РФ системности регулирования не обеспечено, а законодатель пока не видит в этом особой проблемы.

Нормы ст. 22, 23, 28, 36, 39 и т. д. Федерального закона от 17.01.92 № 2202-1 «О прокуратуре РФ» все также системно указывают на протест прокурора, на опротестование судебных решений, на отзыв протеста. Несмотря на то, что с 2001 г. в данный федеральный закон несколько раз вносились изменения и дополнения, отказаться от протеста ни органы прокуратуры, ни законодатель, видимо, не в силах. Да и зачем, если нормы ряда федеральных конституционных законов, как уже отмечалось, также указывают на протест прокурора, а в иерархии источников права они несравненно выше норм УПК РФ.

Нормам ст. 114 УПК РФ, в свою очередь, не соответствует ч. 1 ст. 42 Закона «О прокуратуре», согласно которой на период расследования уголовного дела, возбужденного в отношении прокурора или следователя, они отстраняются от должности. При этом за ними, как известно, сохраняется денежное содержание в размере должностного оклада, доплат за классный чин и выслугу лет. Несмотря на то, что по нормам ч. 6 ст. 114 УПК РФ при временном отстранении того или иного лица от должности, ему в порядке п. 8 ч. 2 ст. 131 УПК РФ выплачивается ежемесячное пособие в размере пяти минимальных размеров оплаты труда, сотрудники прокуратуры однозначно настаивают на том, что применительно к ним подлежат применению именно нормы закона «О прокуратуре», а не положения ч. 6 ст. 114 УПК РФ. Небезынтересно, что эти требования, озвученные в суде, вполне находят поддержку у судебных инстанций³³.

По нормам ст. 1 Федерального закона от 20.08.2004 №113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» рассмотрение уголовного дела по первой инстанции с участием присяжных заседателей проводится, в том числе, и в Верховном суде РФ. Закон, как видим, принят через четыре года после введения в действие УПК РФ. Однако, законодателем явно не учтены п. 2 ч. 2 ст. 30 и ч. 3 ст. 31 УПК РФ, согласно которым обвиняемый имеет право на рассмотрение его дела с участием присяжных заседателей только в суде областного (краевого и т. п.) звена.

Можно было бы множить примеры, подтверждающие сомнения относительно состоявшейся кодификации норм уголовно-процессуального права России,

³³ См.: Шнитенков А.В. Временное отстранение от должности как мера уголовно-процессуального принуждения // Уголовный процесс. 2008. №1(37). С. 49–57.

кодификационной сути самого УПК РФ, его системности или приоритетности норм. Однако необходимость в этом уже, полагаем, излишня, ибо именно Конституционный Суд РФ окончательно расставил акценты в вопросе о месте, роли и кодификационной сущности этого нормативного акта.

Обратимся (для справки) к Постановлению Конституционного Суда от 27.03.96 №8-П *«По делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона РФ «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В. М. Гурджиянца, В. Н. Синцова, В. Н. Бугрова и А. К. Никитина»*.

Напомним, основанием к рассмотрению данного дела явилась обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, насколько соответствуют Конституции РФ нормы Закона РФ от 21.07.93 № 5485-1 *«О государственной тайне»*, допускающие возможность отстранения адвоката от участия в качестве защитника в производстве по делу, связанному с государственной тайной ввиду отсутствия у него специального допуска к государственной тайне. В споре сошлись два интереса. С одной стороны, интерес государства, которое, руководствуясь соображениями безопасности, стремится максимально ограничить круг лиц, осведомленных о государственных секретах. С другой, законный интерес личности, обвиняемой в совершении преступления, связанного с государственной тайной, который состоит в конституционном праве самостоятельно выбрать себе защитника. Реализация данного права столкнулась с рядом трудностей, поскольку судьи военных судов, следователи прокуратуры и ФСБ, руководствуясь ст. 1 и 21 закона *«О государственной тайне»*, выносили решения о невозможности участия в производстве по делу защитника, не имеющего допуска к государственной тайне.

Однако высший орган конституционного правосудия пришел к выводу о том, что обязательная процедура оформления допуска к государственной тайне адвокатов, участвующих в качестве защитников по уголовным делам, является ущемлением конституционного права граждан на получение квалифицированной юридической помощи. Исходя из положений ст. 48 Конституции РФ и ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, Суд делает вывод о том, что отказ обвиняемому в приглашении выбранного им адвоката по мотивам отсутствия у последнего допуска к государственной тайне, а также предложение обвиняемому выбрать защитника из определенного круга адвокатов, имеющих такой допуск, неправомерно ограничивают гарантированное Конституцией РФ право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи. Между тем, порядок производства по уголовным делам, как это установлено УПК РФ, является

единым по всем уголовным делам и для всех судов, органов прокуратуры, предварительного расследования и определяется именно Кодексом, а не каким-либо иным федеральным законом.

Подчеркнем, Суд однозначно настаивает на том, что порядок участия адвоката в уголовном судопроизводстве, в том числе по делам связанным с государственной тайной, определяется именно УПК РФ. Кодекс, в свою очередь, не содержит требований о какой-либо проверке адвоката и особом разрешении на его участие в подобного рода делах. Таким образом, в итоговых выводах Суда кодификационная суть уголовно-процессуального кодекса оказалась незыблемой, приоритет его норм в порядке осуществления уголовного судопроизводства перед иными федеральными законами – непререкаем, системность правового регулирования – обеспечена.

Однако принципиальность этих подходов и выводов Конституционного Суда РФ, как-то резко «теряется» при анализе описательно-мотивировочной части и итоговых выводов Постановления от 29.06.2004 № 13-П³⁴ и Определения от 08.11.2005 №439–О³⁵.

В первом из названных актов, Конституционный Суд РФ, признавая, по идее, право законодателя устанавливать приоритет кодификационного нормативного акта перед нормами иных федеральных законов, вместе с тем формулирует ряд достаточно примечательных конституционно-правовых позиций.

Прежде всего, Суд указывает на то, что приоритет кодифицированного нормативного акта, каким является УПК РФ, не является безусловным. Являясь в системе федеральных законов России «обычным» законом, УПК РФ не исключен из действия правила, согласно которому, даже если в последующем законе отсутствует предписание об отмене ранее принятых законоположений, в случае коллизии между ними действует последующий закон («*lex posterior derogat priori*»). Кроме того, **приоритет УПК РФ**, по мнению Суда, **ограничен рамками специального предмета регулирования**, которым как это следует из ст. 1–7 Кодекса, является порядок уголовного судопроизводства. В рамках же иного предмета правового регулирования действуют иные, специальные, по мнению Суда, правовые отношения, приоритет в регулировании которых отдается именно иным федеральным законам.

³⁴ Постановления Конституционного Суда РФ №13-П от 29.06.2004 «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы».

³⁵ Определение Конституционного Суда РФ № 439-О от 08.11.2005 г. «По жалобе гр. С.В. Бородина, В.Н. Бурбина, А.В. Быковского и др. на нарушение их конституционных прав ст. 7, 29, 182 и 183 УПК РФ».

В общем, все правильно. Приоритет норм ст. 7 УПК РФ, несмотря на то, что Кодекс «низведен» до уровня обычных федеральных законов, вроде бы как подтвержден. Что же касается специального предмета регулирования и (ранее неведомых) специальных отношений, то и в этом случае спорить, как представляется, не о чем, поскольку именно предмет и метод правового регулирования традиционно формируют нормы того или иного отраслевого законодательства. Таким образом, казалось бы, в чем проблема?

Обратимся к Определению Конституционного Суда РФ от 08.11.2005.

Предметом проверки Суда и в данном случае стал, оспариваемый заявителями, приоритет норм ст. 7 УПК РФ, по отношению к иным федеральным законам. Суть спора, напомним, в конфликте между следственными органами, которые в рамках (реализующегося) уголовного судопроизводства, по возбужденному уголовному делу, в соответствии с нормами ч. 3 ст. 183 УПК РФ, на основании постановления следователя и с санкции прокурора произвели выемку сведений в помещении адвокатской фирмы. Между тем, представители корпорации адвокатов, ссылаясь на нормы п. 3 ст. 8 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», настаивали на том, что единственно легитимным основанием для производства подобной выемки является судебное решение, ибо именно эта гарантия закреплена в указанном федеральном законе.

Считая этот вопрос достаточно разрешенным, Суд дал ответ в определении, несколько иначе интерпретировав уже известные позиции Конституционного Суда РФ.

Суд, как и ранее, указывает на право законодателя устанавливать приоритет норм УПК РФ, как кодифицированного акта, однако затем вновь ссылается на правило «*lex posterior derogat priori*». Так же Суд еще раз указывает на специальный предмет правового регулирования и специальные отношения, которые не подпадают под действие норм УПК РФ, требуя иного правового регулирования.

Казалось бы, весьма ожидаемым должен быть и вывод о том, что коль скоро в названном случае реализуются уголовно-процессуальные отношения, предметом регулирования и названных отношений является выемка, следовательно, должен применяться порядок их реализации, предусмотренный УПК РФ, а не нормами иных федеральных законов.

Однако Конституционный Суд РФ нашел «решающий» ход в разрешении данного спора. Даже не упоминая в описательно-мотивировочной части решения о

предмете правового регулирования и уголовно-процессуальной сути отношений, связанных с выемкой, Суд апеллирует к тому, что решающим тезисом в данном споре является довод о том, что Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» устанавливается система дополнительных процессуальных гарантий прав личности. В качестве последней выступает указанное судебное решение. Таким образом, в названном споре следует признать безусловный приоритет норм ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», перед нормами УПК РФ. Соответственно, нормы ч. 1 и 2 ст. 7, ст. 15, ч. 3 ст. 183 УПК РФ, отныне, должны применяться исключительно с учетом высказанных позиций Суда³⁶.

Оговоримся, с позиций обеспечения прав личности в уголовном процессе, названное решение Суда может быть всецело поддержано нами; в контексте иерархии источников уголовно-процессуального права России и практического правоприменения, безусловно, нет. Очевидно, что отныне правоприменителям (следователям, прокурорам, судьям), каждый раз применяя то или иное положение УПК РФ, по-прежнему, декларируемого в качестве единого кодифицированного нормативного акта, просто необходимо «сверяться»:

1) не отменяет ли последующий федеральный закон те или иные предписания норм УПК РФ, подлежащие применению *ad hoc*;

2) с каким предметом правового регулирования связано осуществление предполагаемого процессуального действия и, соответственно, в рамках уголовно-процессуальных или специальных отношений оно реализуется;

3) не устанавливает ли тот или иной федеральный закон дополнительных процессуальных гарантий, теми или иными способами закрепленных в законе в интересах определенной корпоративной группы.

Очевидно и то, что более нет необходимости приводить в соответствие с нормами УПК РФ те или иные федеральные законы России, противоречащие предписаниям Кодекса, ибо в контексте предложенным нам Конституционным Судом РФ разъяснений практически общепризнанная, «кельзеновская», по сути, иерархия источников права по вертикали требует значительной корректировки и соотнесения с источниками по горизонтали³⁷.

³⁶ Эти же позиции впоследствии были продублированы еще в ряде актов Конституционного Суда РФ. См., напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 02.03.2006 № 54-О по жалобе ООО «Аудиторская фирма «АристалЮКС» на нарушение конституционных прав и свобод положениями статей 7, 75 и 183 УПК РФ» и др.

³⁷ См.: Головки Л.В. Указ. раб. С. 44.

Выше мы говорили о противоречиях между предписаниями УПК РФ и рядом федеральных законов по практически аналогичным вопросам. Рассмотрим их с учетом разъяснений, данных Конституционным Судом РФ.

Нормы ст. 22, 23, 28, 36, 39 Федерального закона от 17.01.92 № 2202-1 «О прокуратуре РФ», как уже отмечалось, системно указывают на протест прокурора, на опротестование судебных решений, на отзыв протеста. Нормы ст. 354 или 402 УПК РФ – на представление прокурора. Зададимся вопросом: **акты прокурорского реагирования на нарушение закона – это предмет регулирования УПК РФ или специального закона, каким является вышеназванный закон «О прокуратуре»? Как следует поступать судьям, если прокурор настаивает на принятии к рассмотрению и разрешении по существу не представления, а протеста на незаконный или необоснованный судебный акт?**

По нормам ст. 1 Федерального закона от 20.08.2004 № 113 ФЗ *«О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации»* рассмотрение уголовного дела с участием присяжных заседателей возможно в Верховном Суде РФ. По нормам п. 2 ч. 2 ст. 30 и ч. 3 ст. 31 УПК РФ – только в суде областного (краевого) звена судебной системы РФ. Возникает вопрос: какой из законов предоставляет больше гарантий обвиняемому, дело которого подсудно Верховному Суду РФ? Ответ, представляется, очевиден; как очевидна и «законность» подобных ходатайств в Верховный суд РФ.

По нормам ч. 7 ст. 316 УПК РФ при применении судом особого порядка судебного разбирательства суд не вправе назначить подсудимому наказание, которое превышает две трети максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление. Но нормы УК РФ, как известно, вообще не содержат ни подобной, ни аналогичной нормы. В исследуемом контексте уместен вопрос: общие начала назначения наказания – это предмет регулирования уголовно-процессуального права или здесь имеет место специальный предмет правового регулирования?

Вопрос, как представляется, также не требует ответа. Тем более с учетом позиций Суда, изложенных в п. 2.3 Постановления от 29.06.2004 №13-П, согласно которому «...нормы, призванные определять порядок осуществления уголовного преследования и возложения на лицо уголовной ответственности и наказания, а также порядок исполнения и отбывания наказания, не могут подменять или отменять положения уголовного законодательства, определяющие преступность и наказуемость деяний, а также виды и размер наказаний».

Повторимся, не могут, ибо являются предметом специального правового регулирования. Так что, поставим под сомнение десятки, если не сотни, тысяч приговоров, постановленных за последние годы в особом порядке судебного разбирательства, ведь УПК РФ очевидно – «не прав» в этом вопросе?

Сколько еще мин замедленного действия должно «взорваться» при буквальном понимании и применении позиций Конституционного Суда РФ, нашедших свое отражение в названных актах? Что останется от иерархии источников той или иной отрасли права, от состоявшейся или намечаемой кодификации его отдельных отраслей при сложившемся на сегодняшний день подходе к «кельзеновской» иерархии источников права.