

РЕФОРМИРОВАННАЯ АПЕЛЛЯЦИЯ: ИЗЪЯНЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ НОВЕЛЛ ОТ 29 ДЕКАБРЯ 2010 ГОДА

Н.Н. Ковтун, профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса
Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» - Н. Новгород
доктор юридических наук

С принятием Федерального закона № 433-ФЗ от 29 декабря 2010 года¹ можно считать в принципе исчерпанными дискуссии о целесообразности распространения апелляционного порядка проверки на все виды судебных решений вынесенных по первой инстанции. С 1 января 2013 года этот порядок должен стать неотъемлемым элементом проверки всех судебных решений, вынесенных по первой инстанции и обжалованных заинтересованными лицами в вышестоящий суд. Известно и то, что замысел законодателя не ограничился исключительно распространением действующей апелляции (гл. 43–44 УПК РФ) на все звенья судебной системы РФ, а касается существенных изменений самой процессуальной формы апелляционной проверки. Закономерно возникают вопросы об оптимальности предложенных изменений. И здесь, при ознакомлении с текстом закона, подходы законодателя в целом ряде моментов, уже, не представляются ни оптимальными, ни сбалансированными, по сути.

1. Отказ от (принципиальных) гарантий проверки. Прежде всего, настораживает то обстоятельство, что, предлагая указанные новации, законодатель, по сути, отказывается от основного преимущества апелляционного пересмотра: непосредственного и устного исследования доказательств по правилам судебного следствия. По смыслу предложенных новелл эти моменты проверки в целом ряде случаев оставлены усмотрению суда. В частности, в соответствии:

– с пунктом 2 ч. 1 ст. 389.11 УПК РФ суд апелляционной инстанции, назначая судебное разбирательство, принимает решение: «о вызове в судебное за-

¹ См.: Федеральный закон от 29.12.2010 г. № 433-ФЗ «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // Российская газета. 2010. 31 декабря.

седание свидетелей, экспертов и других лиц в соответствии с ходатайством стороны, заявленным в жалобе или представлении, **если признает** данное ходатайство обоснованным». Таким образом, даже ясно заявленное ходатайство стороны о вызове в заседание свидетелей, по идее, не является обязательным для суда и субъективно оценивается последним на предмет обоснованности;

– с частью 2 ст. 389.12 УПК РФ: «...осужденному, содержащемуся под стражей и заявившему о своем желании присутствовать при рассмотрении апелляционных жалобы, представления, по решению суда обеспечивается право участвовать в судебном заседании непосредственно либо **путем использования систем видеоконференц-связи**». Между тем, подобное «исследование» доказательств и весьма критикуется в российской уголовно-процессуальной доктрине, и достаточно трудно согласуется с (определяющим) правилом устности и непосредственности судебного разбирательства дела по существу;

– с частью 5 ст. 389.13 УПК РФ: свидетели, допрошенные в суде первой инстанции, допрашиваются в апелляционном суде, **если суд признает их вызов необходимым**. Законодатель, как видим, апеллирует исключительно к внутреннему убеждению судей в вопросе о предмете и средствах доказывания и релевантно значимых для разрешения дела обстоятельствах;

– с частью 7 ст. 389.13 УПК РФ: «с согласия сторон суд апелляционной инстанции вправе рассмотреть апелляционные жалобу, представление **без проверки доказательств**, исследованных судом первой инстанции». На наш взгляд, с учетом складывающихся (в настоящее время) тенденций, суд весьма активно воспримет указанную новеллу при установлении порядка проверки;

– с частью 8 ст. 389.13 УПК РФ: суд, безусловно, вправе «...исследовать (все?!) доказательства **с использованием систем видеоконференц-связи**».

Таким образом, предлагая распространение апелляции на все звенья судебной системы РФ, законодатель, как видим, не очень настаивает на устности и непосредственности исследования доказательств в данном суде, изначально отказываясь от одной из наиболее надежных процессуальных гарантий эффективности отмеченного производства и постановки правосудного приговора.

В качестве явного достоинства апелляционной проверки традиционно приводится и то обстоятельство, что указанный суд не только вправе, но и обязан самостоятельно исправить все ошибки или неправильности приговора, обжалованного в вышестоящий суд, постановив в итоге новое судебное решение, совершенно заменяющее собой предыдущее. Указанное правомочие апелляционного суда традиционно признается принципиальным, по сути, поскольку позволяет обеспечить устранение (выявленных) нарушений закона и прав заинтересованных лиц непосредственно в суде вышестоящей инстанции, без возвращения дела на новое судебное рассмотрение в суд первой инстанции.

Однако, в п. 4 ч. 1 ст. 389.20 УПК РФ, как видим, указано решение: об отмене обвинительного приговора, определения, постановления суда первой инстанции и передаче уголовного дела **на новое судебное разбирательство** в суд первой инстанции со стадии подготовки к судебному заседанию или судебного разбирательства. В соответствии с ч. 3 ст. 389.19 исследуемого Закона: «Указания суда апелляционной инстанции обязательны для суда первой инстанции и для прокурора, если уголовное дело возвращено для устранения обстоятельств, препятствующих вынесению законного и обоснованного решения». Таким образом, по сути указанных норм суд апелляционной инстанции явно избавлен от ранее императивной обязанности к самостоятельному исправлению выявленных ошибок и обеспечению интересов и прав заинтересованных лиц. Названная обязанность (отныне) может быть переложена на суд первой инстанции. В итоге, при «реформировании» процессуальной формы апелляционного производства законодатель считает возможным поступиться и названной – как известно – весьма продуктивной гарантией.

2. Предмет проверки суда. По нормам ст. 389.9 УПК РФ предмет проверки в суде апелляционной инстанции составляют свойства законности, обоснованности и справедливости обжалованных судебных решений. Предмет разбирательства в суде кассационной (ст. 401.1 УПК) и надзорной инстанции (ч. 2 ст. 412.1 УПК), напротив, составляют исключительно свойства законности состоявшихся актов суда. Таким образом, проверка фактической стороны приго-

вора отнесена к компетенции исключительно суда апелляционной инстанции. Оптимальным средством данной проверки, естественно, служит новое судебное разбирательство дела по существу (ст. 389.13 УПК), так как только данное средство позволяет суду объективно проверить фактическую обоснованность, юридическую законность и справедливость обжалованных судебных решений.

Названное преимущество апелляционного порядка проверки настолько не принято ставить под сомнение, что законодатель, как видим, считает возможным распространить указанное производство и на акты суда, вынесенные в ходе отправления правосудия, как с участием присяжных заседателей (ст. 389.27 УПК), так и в составе трех профессиональных судей. В том же апелляционном порядке, по мнению законодателя, могут быть проверены судебные решения, постановленные с применением особого порядка судебного разбирательства (гл. 40 или 40.1 УПК РФ).

Между тем, теории уголовно-процессуальной науки практически неизвестны примеры, когда решения, постановленные в суде с участием присяжных заседателей, могли стать предметом проверки в апелляционном порядке. Категорически отрицалась целесообразность подобной проверки и в отношении судебных решений, постановленных в составе трех профессиональных судей, ибо названная проверка в принципе не добавляла им гарантий (искомой) правосудности.² В силу известных особенностей процессуальной формы рассмотрения дел (практически полное отсутствие судебного следствия), во многом лишена продуктивного смысла и апелляционная проверка судебных решений, постановленных по правилам главы 40 или 40.1 УПК РФ³.

Кроме того, законодатель оговаривается (в нормах ст. 389.27 УПК), что применительно к решениям, постановленным в суде с участием присяжных заседателей или по правилам гл. 40, 40.1 УПК РФ, основаниями отмены или изменения судебных решений могут быть лишь основания, предусмотренные пп.

² Подробнее см.: Сидорова Н.В. Апелляция в системе производств в суде второй инстанции в уголовном процессе России. – Томск: Изд-во НТЛ, 2006. С. 15–21.

³ Между тем, только по правилам гл. 40 УПК РФ, к примеру, в 2009 г. судами районного/городского звена рассмотрено 50,3 % уголовных дел; в 2008 г. – 43,7 % дел.

2-4 ст. 389.15 УПК РФ. Соответственно, указанная оговорка, нивелируя главное преимущество апелляции, исключает проверку фактической стороны указанных приговоров, оставляет в качестве предмета проверки и оценки суда все те же свойства законности (предмет – кассации и надзора). Зачем в данной связи настаивать именно на апелляционном порядке проверки указанных выше судебных решений – законодатель не поясняет. Как не поясняет и то обстоятельство, насколько с особенностями рассмотрения дела в суде с участием присяжных заседателей или в порядке гл. 40 и 40.1 УПК РФ согласуется указание закона, о том, что производство по уголовному делу в суде апелляционной инстанции осуществляется в порядке, установленном главами 35-39 УПК РФ⁴. Фактически – в порядке в принципе несовместимом с особенностями суда с участием присяжных или особого порядка постановки судебных решений.

3. Апелляционные начала проверки «промежуточных» решений суда.

В предложенных нормах закона, по сути, оставлен без ответа вопрос о том: насколько процессуальная форма проверки (в принципиальных своих составляющих) может быть распространена на те виды решений суда, которые являются промежуточными или приняты на досудебном этапе уголовного судопроизводства России. Речь, прежде всего, о решениях, принимаемых судом в рамках оперативного судебного контроля по правилам ст. 108-109, 125, 165 УПК РФ.

Изменения, предлагаемые в ч. 11 ст. 108 УПК РФ также не вносят ясности в эти вопросы. С одной стороны, законодатель указывает, что «постановление судьи об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или об отказе в этом может быть обжаловано в апелляционном порядке». С другой стороны, регулирует лишь один вид решений, которые могут быть вынесены вышестоящим судом по итогам подобной проверки. Это решение суда апелляционной инстанции **об отмене постановления судьи об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу**, которое подлежит немедленному исполнению (ч. 11 ст. 108 УПК). Насколько возможно вынесение судом апел-

⁴ С изъятиями, естественно, предусмотренными главой 45.1 УПК РФ, как указывает законодатель. Хотя по смыслу закона, на наш взгляд, точнее была бы оговорка закона: «...с изъятиями, предусмотренными настоящей статьей» (см.: ч. 1 ст. 389.13 УПК РФ).

ляционной инстанции (по жалобам заинтересованных лиц) принципиально иного решения, а именно: об отмене отказа в избрании указанной меры и применении к обвиняемому (подозреваемому) указанной меры – законодатель не указывает. Между тем, возможность принятия такого решения, по идее, не противоречит ни сути и отличительным свойствам апелляционного производства, ни видам его возможных решений. Более того, широта указанных полномочий – именно принципиальное отличие апелляции, например, от кассационного порядка проверки. В данной связи, суд апелляционной инстанции, полагаем, не может быть лишен полномочий по самостоятельному избранию указанной меры. Аналогично указанные полномочия суда должны быть распространены на иные виды решений, вынесенные в рамках оперативного судебного контроля, иначе нивелируется сама суть апелляционной проверки, ее назначение⁵.

Сказанное, в свою очередь, объективно ставит вопросы о процессуальной форме, предмете и пределах подобной проверки, которые, увы, не могут определяться по аналогии «озвученных» положений и норм главы 45.1 УПК РФ.

4. Обеспечение широкой свободы обжалования. Указанное начало проверки, как представляется, в достаточной мере обеспечено в нормах реформируемой апелляции. В данной связи остановимся лишь на одном проблемном моменте. Как известно, ненадлежащее обеспечение прав всех заинтересованных лиц на участие в процедуре обжалования и последующей судебной проверке традиционно признается кассационным судом существенным нарушением закона, влекущим безусловную отмену постановленных апелляционных решений.

По идее, законодателю известны эти подходы. Как в нормах ч. 2 ст. 389.5 УПК РФ, так и в нормах ч. 3 ст. 389.11 УПК РФ указано, что в случае невыполнения судом первой инстанции требований ст. 389.6 УПК РФ, апелляционный суд возвращает уголовное дело в названный суд для устранения обстоятельств, препятствующих рассмотрению дела в апелляционном порядке. Признавая безусловную ценность надлежащего выполнения норм ст. 389.6 УПК РФ, вместе с

⁵ В том же аспекте эти вопросы необходимо исчерпывающе урегулировать и применительно к апелляционной проверке промежуточных решений суда, которые являются надлежащим предметом обжалования со стороны заинтересованных лиц.

тем, зададимся вопросом: в силу каких обстоятельств законодателем оставлены без (аналогичного) внимания нормы ст. 389.7 УПК РФ.

Как известно, невыполнение последних, по сути, влечет те же правовые последствия, как для апелляционной проверки, так и для суда первой инстанции, ибо заинтересованные лица (апелляторы) объективно не могут быть лишены права и на ознакомление с внесенными отзывами и на (письменное) формулирование своих возражений. В данной связи, как в нормах ч. 2 ст. 389.5 УПК РФ, так и в нормах ч. 3 ст. 389.11 УПК РФ следует дополнительно указать и на последствия невыполнения предписаний норм ст. 389.7 УПК РФ.

5. Ревизионные пределы проверки. По нормам ч. 2 ст. 360 УПК РФ ревизионное начало проверки, как известно, несколько ограничено применительно к деятельности суда апелляционной и кассационной инстанции, и, напротив, весьма широко представлено в судах надзорной инстанции (чч. 1-2 ст. 410 УПК). В соответствии с новациями, предложенными Федеральным законом №433-ФЗ, ревизионное начало проверки явно усилило свои позиции в суде апелляционной инстанции (ст. 389.19 УПК). Во-первых, в законе речь идет именно о проверке всего уголовного дела, а не доводов жалобы применительно к конкретному предмету проверки. Во-вторых, при рассмотрении уголовного дела суд апелляционной инстанции уже в принципе не связан доводами апелляционной жалобы/представления, и вправе проверить производство по делу в полном объеме. При этом если по делу осуждено несколько лиц (обвиняемых), а названные жалоба или представление принесены только одним из них, либо в отношении некоторых из них, суд апелляционной инстанции вправе проверить уголовное дело в отношении всех осужденных.

При подобной организации апелляционного производства жалоба служит лишь формальным поводом к инициации процедуры проверки, которая в дальнейшем уже не зависит от доводов заинтересованных лиц, а реализуется ревизионно, в интересах публичной воли закона. Зачем в данной связи настаивать на обязательном указании в апелляционной жалобе доводов заинтересованных лиц и конкретных оснований отмены или изменения (обжалованных) судебных

решений (п. 4 ч. 1 ст. 389.6 УПК) – законодатель не объясняет. В силу чего указанное требование закона видится, прежде всего, в контексте ограничения начала широкой свободы обжалования, в том числе, позволяя суду субъективно отказывать в рассмотрении жалобы исключительно по основаниям неполноты внесенного отзыва.

Отметим и то обстоятельство, что по буквальному смыслу закона ревизионное начало деятельности апелляционного суда (ч. 2 ст. 389.19 УПК) ориентировано на обеспечение интересов и прав одних **осужденных**. При проверке доводов жалобы или в целом уголовного дела в суде надзорной инстанции законодатель, напротив, указывает, что в ревизионном порядке дело проверяется в отношении **всех лиц** (ч. 1 ст. 412.12 УПК). В итоге, по сути предлагаемой нам апелляции (гл. 45.1 УПК) ревизионное начало деятельности суда в принципе не направлено на защиту интересов и прав потерпевшего, что явно не согласуется с нормами ст. 6 УПК РФ.

В негативном контексте воспринимаются и нормы ч. 2 ст. 389.19 УПК РФ, которые в обновленном законе во многом являются аналогом ч. 2 ст. 360 УПК РФ. Несогласие, прежде всего, вызывает отсутствие в указанной норме известного ограничения ревизионной активности суда, согласно которому, проверяя уголовное дело в отношении всех осужденных: суд не вправе отменить/изменить решение по мотивам, ухудшающим положение осужденных, в отношении тех из них, которых соответствующие жалоба потерпевшего или представление прокурора не касаются. Согласовывая в действующем механизме апелляционной проверки ревизионное начало деятельности суда и начало недопустимости поворота к худшему, указанное ограничение, как известно, точно очерчивало пределы проверочной деятельности суда исключительно заявленным интересом сторон. В предложенных новеллах законодатель, как видим, отказывается от этой весомой процессуальной гарантии. В каких интересах – понять достаточно сложно⁶.

⁶ Применительно к обновленной кассационной проверке названное ограничение (ч. 5 ст. 401.16 УПК), подчеркнем, напротив, установлено. Таким образом, законодатель по идее, во-

6. Поворот к худшему по итогам проверки. Обращают на себя внимание и нормы, регулирующие правило о повороте к худшему в положении осужденного/оправданного по итогам проверки. Речь, прежде всего, о нормах:

– части 4 ст. 389.8 УПК РФ, согласно которым в дополнительных жалобах потерпевшего или представлении прокурора, поданных по истечении срока обжалования, не может быть поставлен вопрос об ухудшении положения осужденного, если такое требование не содержалось в первоначальной жалобе или представлении⁷;

– части 1 ст. 389.24 УПК РФ, согласно которым обвинительный приговор суда первой инстанции может быть изменен апелляционным судом в сторону ухудшения положения осужденного не иначе как по представлению прокурора либо жалобе потерпевшего (частного обвинителя...)⁸.

Как видим, из текста обновленного закона устранена оговорка о том, по каким именно мотивам должны быть принесены указанные отзывы прокурора и потерпевшего, чтобы быть основанием для возможного поворота к худшему. В условиях неограниченного действия ревизионного начала деятельности апелляционного суда (чч. 1-2 ст. 389.19 УПК) указанная пробельность закона может весьма негативно сказаться на положении осужденных (оправданных). Ситуацию не «спасает» и то обстоятельство, что указанные мотивы, отчасти, указаны в нормах ч. 2 ст. 389.24 УПК РФ, так как последние регулируют правило о недопустимости поворота к худшему лишь в отношении оправдательного приговора. Для распространения указанных положений на обвинительный приговор, соответственно, необходимы апелляции к аналогии закона.

7. Инстанционность судебного пересмотра. Суть данного начала в организации деятельности апелляционного суда заключается в том, что законодателем установлена строгая очередность внесения и рассмотрения жалобы

все не отрицает значимости указанного ограничения для определения необходимых границ ревизионной проверки дела.

⁷ Действующий аналог указанной нормы – в ч. 4 ст. 359 УПК РФ.

⁸ Действующий аналог указанной нормы – в ч. 2 ст. 383 и ч. 1 ст. 385 УПК РФ.

(представления) судами различных судебных инстанций (ч. 2 ст. 389.3 УПК). Субъекты обжалования, соответственно, не вправе изменить эту очередность.

На наш взгляд, в исследуемом законе налицо явная неопределенность в понимании необходимого порядка пересмотра судебных решений. В частности, при общем, достаточно согласованном в целом, установлении уполномоченных апелляционных инстанций, явным диссонансом видятся нормы п. 3 ч. 2 ст. 389.3 УПК РФ, согласно которым:

– на промежуточное судебное решение верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа, окружного (флотского) военного суда апелляционные жалобы (представления) подаются – в судебную коллегия по уголовным делам этого же суда.

Известно, что исторически институту обжалования в уголовном процессе известны два порядка проверки обжалованных судебных решений: деволютивное и недеволютивное. Деволютивным – называют такое обжалование, при котором рассмотрение дела (жалобы) переносится в другую, вышестоящую судебную инстанцию; недеволютивным – при котором рассмотрение дела (жалобы) происходит в той же судебной инстанции.⁹ Более продуктивен, безусловно, деволютивный порядок проверки, позволяющий перевести рассмотрение спора сторон о законности и обоснованности постановленных судебных решений на разрешение, во-первых, более опытной; во-вторых, более беспристрастной судебной инстанции. В п. 3 ч. 2 ст. 389.3 УПК РФ законодатель отходит от этого правила. В итоге, одна и та же судебная инстанция не только выступает субъектом вынесения обжалуемого решения, но и она же, по сути, закреплена в качестве субъекта проверки (вышестоящего суда), призванного объективно и беспристрастно проверить свойства правосудности указанного решения. На наш взгляд, налицо явная ошибка законодателя в определении сути указанной нормы, которую необходимо исправить.

⁹ См., напр.: Червоткин А.С. Апелляция и кассация. Пособие для судей. – М.: Проспект, 2010. С. 27-28.