

Н.Н. Ковтун

Ковтун Николай Николаевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Оговорка как элемент юридической техники уголовно-процессуального права России

Каждый параграф конституции содержит в самом себе свою собственную противоположность, свою собственную верхнюю и нижнюю палату; свободу — в общей фразе, упразднение свободы — в оговорке.

К. Маркс. Восемнадцатое брюмера Луи Бонапарта

На первый взгляд, оговорка как элемент юридической техники имманентно присуща уголовно-процессуальному праву России. Во всяком случае, именно указанный вывод, по идее, напрашивается при обращении к большинству институтов и норм действующего Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации 2001 года (далее — УПК РФ). Раскрывая в уголовно-процессуальном законе смыслы своих предписаний, законодатель практически постоянно (как бы) «уточняет» истинную суть или направленность тех или иных (своих) нормативных велений. Лексические формы, используемые при этом, весьма разнообразны, и, как правило, находят свое отражение в следующих нормативно-лексических конструкциях:

1. «Если не оговорено иное (здесь и далее курсив наш. — Н.К.), — указывает законодатель в нормах статьи 5 УПК РФ, — основные понятия, используемые в настоящем Кодексе, имеют следующее значение...».

«Защитник не вправе разглашать данные предварительного расследования, ...если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса» (ч. 3 ст. 53 УПК РФ);

2. «Уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 115 частью первой, 116 частью первой, 129 частью первой и 130 Уголовного кодекса РФ, ...возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего, его законного представителя, за исключением случаев, предусмотренных частью четвертой настоящей статьи» (ч. 2 ст. 20 УПК РФ).

«Уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 131 частью первой, 132 частью первой, 136 частью первой, 137 частью первой, 138 частью первой, 139 частью первой, 145, 146 частью первой и 147 частью первой Уголовного кодекса РФ, ...возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя, но прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым не подлежат, за исключением случаев, предусмотренных статьей 25 настоящего Кодекса» (ч. 3 ст. 20 УПК РФ);

3. «В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, подозреваемый и обвиняемый могут пользоваться помощью защитника бесплатно» (ч. 4 ст. 16 УПК РФ).

«Суд, установив, что находящееся в его производстве уголовное дело подсудно другому суду того же уровня, вправе с согласия подсудимого оставить данное уголовное дело в своем производстве, но только в случае, если он уже приступил к его рассмотрению в судебном заседании» (ч. 2 ст. 34 УПК РФ);

4. «В исключительных случаях при наличии оснований, предусмотренных статьей 97 настоящего Кодекса, и с учетом обстоятельств, указанных в статье 99 настоящего Кодекса, мера пресечения может быть избрана в отношении подозреваемого...» (ч. 1 ст. 100 УПК РФ);

«Заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется по судебному решению в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, за которые уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения. ...В исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до двух лет» (ч. 1 ст. 108 УПК РФ);

5. «Залог в качестве меры пресечения применяется в отношении подозреваемого либо обвиняемого по решению суда в порядке, установленном статьей 108 настоящего Кодекса, с учетом особенностей, определенных настоящей статьей...» (ч. 2 ст. 106 УПК РФ).

«Судебное заседание по ходатайству подсудимого о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в связи с согласием с предъявленным обвинением проводится в порядке, установленном главами 35, 36, 38 и 39 настоящего Кодекса, с учетом требований настоящей статьи» (ч. 1 ст. 316 УПК РФ);

6. «Мировой судья рассматривает уголовное дело в общем порядке с изъятиями, предусмотренными настоящей статьей» (ч. 1 ст. 321 УПК РФ).

«Предварительное слушание проводится судьей единолично в закрытом судебном заседании с участием сторон с соблюдением требований глав 33, 35 и 36 настоящего Кодекса с изъятиями, установленными настоящей главой» (ч. 1 ст. 234 УПК РФ).

Казалось бы, в каждом из указанных случаев мы имеем дело именно с законодательной оговоркой, призванной к оптимизации нормативного регулирования, устранению коллизий в практическом применении права или к гармоничному согласованию интересов участников правовых отношений. Однако при более скрупулезном анализе указанного средства законодательной техники достаточно скоро становится ясным, что однотипные и даже тождественные нормативно-лексические конструкции, используемые в законе, не могут и не должны использоваться в едином синонимическом ряду, ибо формируют различные нормативные смыслы, влекут разные правовые последствия, и, соответственно, играют разную роль в правовом регулировании. В связи с этим, видимо, не каждое из «уточнений» законодателя, выраженное в названных нормативно-лексических формах, следует воспринимать именно как оговорку, выступающую в качестве: 1) самостоятельного и специфического средства обеспечения максимальной точности велений закона; 2) метода ориентации при выборе юридически значимого поведения; 3) формы выражения и определения границ усмотрения правоприменителя. Необходимы ориентиры. И прежде всего в вопросах о сущностных признаках (свойствах) самой оговорки, позволяющих методологически точно отграничить этот элемент в правовом регулировании от таких рудиментов генезиса права, как «лжеоговорка» или «ложно толкуемое понятие оговорки»¹. Кроме того, как объективно показывает правоприменительный процесс, необходимы критерии в принципе исключающие использование оговорки как (декларируемого) средства оптимизации права, применительно к отдельным нормативным случаям.

Если обратиться к сути первой проблемы (о свойствах/признаках оговорки...), то, видимо, не могут быть восприняты в качестве определяющих такие разработанные теорией права признаки (свойства) оговорки², как:

— наличие специальной нормативно-лексической формы, ибо при обращении непосредственно к нормам закона достаточно скоро формируется вывод о том, что одни и те же, по сути, идентичные «словесные» формы могут использоваться законодателем и в качестве действительной оговорки, и в качестве неотъемлемого содержания (гипотезы или диспозиции) нормы. В ранее приведенных примерах, первое (для наглядности), имеет место в предписаниях части 2 статьи 20 УПК РФ; второе — в нормах части 3 статьи 20 УПК РФ, несмотря на то, что и в том, и в другом случае законодатель (для уточнения своих предписаний) использует единую нормативно-лексическую конструкцию «...за исключением»;

— не видится определяющим и такой признак (свойство) законодательной оговорки, как частичное изменение содержания или объема действия нормы. Полагаем, является очевидным, что содержание и объем действия нормы a priori подвержены изменению самим фактом включения в нее любой нормативно-лексической конструкции, призванной к уточнению ее сути. Особенно явно это проявляется себя в случае исключения из текста (нормы) закона той или иной части нормативного предписания, ибо содержание и объем действия нормы всегда оцениваются комплексно и системно, а не по свойствам субъективной «значимости» отдельных ее элементов.

В этом контексте включение, к примеру, в нормы статьи 5 УПК РФ в качестве исходного положения нормативно-лексической конструкции: «если не оговорено иное...», безусловно, выглядит оговоркой и, по идее, «оправдывает» законодателя в вопросе о том, что отдельные из дефиниций/понятий, приведенных в указанной норме, в принципе не соответствуют сути характеризуемого явления³. Не менее безусловно и то, что указанная нормативно-лексическая конструкция изначально расширяет объем и содержание каждого из понятий данной статьи, ибо законодатель как бы заранее допуска-

¹ Подробнее см., например: Филиппов С.В. Оговорки в теории и практике международного договора. — М., 1958. — С. 12—14.

² См., например: Колесник В.В. Оговорки к международным договорам: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2001.

³ Для примера: законодательное определение кассационной (п. 14 ст. 5 УПК РФ) или надзорной инстанции (п. 16 ст. 5 УПК РФ), апеллирующее лишь к производству по уголовным делам, упускает такой сущностный признак, как то обстоятельство, что в рамках указанных производств предметом проверки суда могут быть акты суда, принятые в рамках оперативного судебного контроля; законодательное определение неотложных следственных действий (п. 19 ст. 5 УПК РФ), как деятельности исключительно органа дознания, не учитывают того обстоятельства, что по нормам ч. 5 ст. 152 УПК РФ неотложные следственные действия вправе осуществлять и следователи; и т. п.

ет, что отдельные из сущностных признаков (свойств) формулируемой дефиниции могут содержаться и в иных нормах УПК РФ. Однако, на наш взгляд, использование в нормах статьи 5 УПК РФ указанной нормативно-лексической конструкции — это не более чем «лжеоговорка», ибо, во-первых, она не является формой согласования интересов: само характеризующее явление (в реальности) так и остается отличным от его законодательного определения. Во-вторых, использование данного нормативного средства в предписаниях статьи 5 УПК РФ, как непосредственно воли закона, вовсе не освобождает исследователей от обязанности методологически точно формулировать в исследуемом понятии именно все сущностные признаки анализируемого и характеризующего явления. В-третьих, в силу тех же причин данная лексическая конструкция не определяет границ субъективного усмотрения правоприменителя. В силу чего и указанный признак (свойство), как представляется, не может восприниматься в качестве определяющего при понимании сути законодательной оговорки;

— однако, известно и такое свойство (признак) законодательной оговорки, как *порождение качественно нового правового режима и (наступление) определенных последствий применения оговорки*. На наш взгляд, именно данное свойство (признак) законодательной оговорки является определяющим для ее вычленения из иных (текстуально тождественных) средств правового регулирования, понимания ее истинной сути и назначения в законодательном или правоприменительном процессе.

Для примера: ранее уже приводились нормы частей 2 и 3 статьи 20 УПК РФ, где законодатель (для уточнения своих предписаний) использует нормативно-лексическую конструкцию «...за исключением». На первый взгляд, они едины в своем нормативном контексте и должны быть восприняты именно в качестве оговорки. Однако при обращении к правовому режиму и правовым последствиям введения данной конструкции в исследуемые нормы закона с очевидностью следует вывод о том, что исключительно в нормах части 2 статьи 20 УПК РФ мы имеем дело действительно с законодательной оговоркой.

Так, если принять во внимание нормы части 4 статьи 20 УПК РФ, к которым нас отсылает законодатель посредством указанной оговорки, то в указанных «...исключительных случаях» кардинально меняется и правовой режим деятельности следственных органов и суда по делам частного обвинения и правовые последствия их возбуждения и расследования в публичном порядке. Во-первых, заявление потерпевшего больше не является исключительным поводом для возбуждения уголовного судопроизводства, как это имеет место в обычном порядке инициации производства по делам частного обвинения (ст. 318 УПК РФ). Во-вторых, потерпевший (без всяких негативных последствий для себя как у мирового судьи) более не несет бремени доказывания всех значимых обстоятельств преступления, ибо в силу исследуемой оговорки указанное бремя переложено на органы предварительного расследования и прокурора, которые (уже) действуют *ex officio* в публичном порядке (ч. 4 ст. 147 УПК РФ). В-третьих, процессуальным актом обвинения выступает уже не заявление потерпевшего, а официальный обвинительный акт, утверждаемый и поддерживаемый в суде прокурором (государственным обвинителем). Столь же значительно, в силу указанной оговорки и норм части 4 статьи 20 УПК РФ, изменен правовой режим деятельности мирового судьи, как при подготовке дела к судебному заседанию (гл. 33—34 УПК РФ), так и в ходе его рассмотрения по существу (ст. 321 УПК РФ). О столь же кардинальном изменении в положении обвиняемого мы пока конвенционально умалчиваем.

И, напротив, при той же (тождественной) нормативно-лексической конструкции — «...за исключением» — мы не видим ни изменения правового режима деятельности публичных процессуальных органов, ни особо значимых юридических последствий, к которым (якобы) апеллирует законодатель в нормах части 3 статьи 20 УПК РФ. Выступая в качестве «лжеоговорки», нормативно-лексическая конструкция «...за исключением случаев, предусмотренных статьей 25 настоящего Кодекса», используемая в части 3 статьи 20 УПК РФ, призвана (в итоге) лишь уточнить волю законодателя по одному из процедурных вопросов уголовного судопроизводства. Она не призвана ни к кардинальным новациям в процессуальной форме указанного производства, ни к изменению правового положения его основных участников.

Аналогичным образом кардинально меняется правовой режим деятельности, и наступают значимые правовые последствия при использовании, к примеру, оговорки, предусмотренной частью 1 статьи 100 УПК РФ. Указывая на исключительность применения мер пресечения к подозреваемому, законодатель, во-первых, оговаривает предельные сроки действия этих мер без предъявления обвинения подозреваемому; во-вторых, исчерпывающе определяет правовые последствия несоблюдения указанной оговорки. В то же время указание в части 1 статьи 108 УПК РФ на то, что в исключительных случаях заключение под стражу может быть избрано в отношении подозреваемого (обвиняемого) в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до двух лет не меняет ни процессуального режима деятельности суда по избранию указанной меры, ни влечет особых правовых последствий для участников данных правовых отношений. В силу чего и данная нормативно-лексическая конструкция в части 1 статьи 108 УПК РФ выступает не столько в качестве законодательной оговорки, сколько в качестве неотъемлемого элемента полного содержания нормы.

В итоге, не отрицая значимости и иных признаков (свойств) оговорки, разработанных теорией права, и их диалектической взаимосвязи в формировании целостного понятия о данном феномене, полагаем, надо все же признать, что именно свойство последней *к изменению правового режима* является определяющим для вычленения оговорки от иных средств в правовом регулировании.

Как уже отмечалось, той же методологической ясности требует вопрос о (самой) допустимости оговорки применительно к отдельным из нормативных велений. Поясним: в качестве самостоятельной нормативно-лексической формы уточнения своих предписаний законодатель нередко использует следующие виды оговорок: «...с учетом особенностей, определенных настоящей статьей» (ч. 2 ст. 106, ч. 1 ст. 316 УПК РФ), «...с изъятиями, установленными настоящей главой/статьей» (ч. 1 ст. 321, ч. 1 ст. 234 УПК РФ). Причем при анализе следствий указанных средств юридической техники, как правило, приходится резюмировать, что речь идет именно об оговорках, поскольку (в силу ранее оговоренного) налицо и кардинальное изменение правового режима деятельности публичных процессуальных органов, и весьма ощутимые правовые последствия последнего.

Для примера: в нормах части 2 статьи 106 УПК РФ законодатель указывает, что «залог в качестве меры пресечения применяется в отношении подозреваемого либо обвиняемого по решению суда в порядке, установленном статьей 108 настоящего Кодекса, *с учетом особенностей, определенных настоящей статьей*». Рассмотрим отдельные из этих особенностей:

— ходатайствовать о применении залога перед судом вправе подозреваемый, обвиняемый либо другое физическое или юридическое лицо (ч. 2 ст. 108 УПК РФ). При этом — подчеркивает законодатель — эти ходатайства обязательны для суда наряду с ходатайством следователя, дознавателя (если они поступят), ибо являются легитимным юридическим поводом для реализации процедуры оперативного судебного контроля, установленного нормами статьи 108 УПК РФ. Казалось бы, и что за проблема: законодатель, во-первых, явно стремится к уменьшению доли арестов в общей статистике мер процессуального принуждения и, тем самым, к обеспечению прав обвиняемого (подозреваемого). Во-вторых, налицо и социальная и экономическая составляющие усилий законодателя, ратующего за то, чтобы как можно больше оступившихся членов гражданского общества не были оторваны от привычной социальной среды, производили материальный или интеллектуальный продукт.

Тем не менее, при более объективном анализе, как указанной оговорки, так и следствий, из нее вытекающих, — проблемы объективно возникнут. Приведем лишь некоторые из них. Во-первых, указанная оговорка, по сути, разрушает основы теории уголовно-процессуального права, ибо оперативный судебный контроль, установленный нормами статьи 108 УПК РФ, изначально позиционировался именно как *статутный* судебный контроль, который, в отличие от *диспозитивного* (ст. 125 УПК РФ), не может быть инициирован и реализован волей частных заинтересованных лиц (участников процесса). Во-вторых, достаточно известно и то, что выбор и применение мер процессуального принуждения — сугубо публичная деятельность, которая всецело отнесена к внутреннему убеждению государственных органов и должностных лиц, ведущих уголовный процесс. Законодатель, как видим, считает иначе. В итоге, по буквальному смыслу закона (измененного указанной оговоркой) не только следственные органы или обвиняемый или подозреваемый (в судебном заседании!), но и практически любое физическое или юридическое лицо вправе поставить перед судом вопрос о применении меры пресечения «залог». Соответственно, это ходатайство должно влечь императивные, по сути, процедуры, составляющие сущность и содержание оперативного судебного контроля, реализуемого по правилам статьи 108 УПК РФ. Между тем среди этих процедур: составление мотивированного ходатайства (постановления) с указанием оснований и мотивов его внесения в суд; представление обосновывающих материалов; извещение сторон о данном ходатайстве и представленных материалах; подготовка заключения прокурора по сути ходатайства; разрешение вопроса об участии защитника и вызове в суд сторон. Известны также организационные и процедурные сложности с реализацией самого судебного заседания, вынесением итогового (законного и обоснованного) акта суда, его апелляционным, кассационным и надзорным обжалованием. Зададимся (в данной связи) риторическим, по сути, вопросом: какое именно количество физических или юридических лиц или общественных организаций, и какое именно количество раз, к примеру, возжелают обратиться к суду с ходатайством о применении залога к печально известному М. Ходорковскому? Сколько (обязательных) заседаний суда и актов правосудия должно состояться, чтобы законодатель, не сумевший детально прописать суть своих нормативных велений, наконец, понял всю «ценность» предложенной оговорки в общем контексте норм, ранее в принципе не выступавших в качестве предмета дискуссий.

По сути, аналогично обстоит дело при анализе (сути и следствий) оговорки установленной частью 1 статьи 321 УПК РФ, где законодатель указывает, что мировой судья рассматривает уголовное дело (частного обвинения) в общем порядке *с изъятиями, предусмотренными настоящей статьей*. Одним из подобных изъятий, к примеру, является норма о том, что рассмотрение заявления (потерпевшего) по уголовному делу частного обвинения может быть соединено в одно производство с рассмотрением встречного заявления обвиняемого. При этом соединение (указанных) заявлений, по смыслу закона, допускается на основании постановления мирового судьи до начала судебного след-

ствия (ч. 3 ст. 321 УПК РФ). Не скроем, нам в целом понятна заинтересованность законодателя в соединении указанных заявлений в одном и том же судебном процессе, в оптимизации исследования доказательств и встречных требований сторон, в разрешении в едином судебном заседании взаимных притязаний сторон. Однако при более скрупулезном анализе закономерно возникают вопросы о допустимости как указанной оговорки, так и основанного на ней соединения встречных исков (заявлений) сторон.

Поясним. Как известно, одной из принципиальных особенностей производства у мирового судьи является то, что именно заявление потерпевшего, принятое к производству мирового судьи, служит одновременно и актом возбуждения уголовного дела, и обвинительным актом, определяющим предмет и пределы судебного разбирательства (ст. 318 УПК РФ). Более того, вынесение постановления о принятии указанного заявления к производству суда является обязательным, так как именно в этот момент появляется («возбуждается») уголовное дело. По сути, аналогично поступает судья, когда принимает к своему производству встречное заявление обвиняемого, фиксируя тем самым акт возбуждения уголовного дела (уже) по сути требований последнего. В итоге, в рамках судебного заседания у мирового судьи мы реально имеем два самостоятельных уголовных дела, а вовсе не два заявления, как утверждает законодатель, позволяя их соединять до начала судебного следствия (ч. 3 ст. 321 УПК РФ). Между тем по буквальному смыслу норм УПК РФ правом соединения двух уголовных дел в одно производство обладают исключительно руководитель следственного органа или прокурор (ч. 3 ст. 153 УПК РФ). Исходные позиции законодателя в этом вопросе при этом предельно ясны — поскольку указанная деятельность неразрывно связана с функцией обвинения, она не может быть возложена на независимый суд, реализующий функцию правосудия. Объективным подтверждением тому и нормы статьи 237 УПК РФ, согласно которым, если в суде возникает вопрос о соединении двух уголовных дел в одно производство, эти дела должны быть возвращены прокурору, который обеспечит принятие необходимого решения. Названные, казалось бы, незыблемые положения закона и теории российского уголовно-процессуального права, по сути, нивелированы одной единственной оговоркой законодателя, который считает указанное положение всего лишь изъятием; причем призванным именно к оптимизации нормативного регулирования.

Можно было бы множить примеры, однако суть проблемы, как представляется, в целом понятна. Введение оговорки в нормы закона, на наш взгляд, не может считаться оправданным при условии, что:

- подобное нормативное поведение (деятельность) в принципе запрещено нормами уголовно-процессуального права;
- введенная оговорка изначально несовместима с общими целями права или непосредственными задачами и назначением нормы закона (в целом процессуального института);
- если оговорка, по сути, нивелирует тот положительный эффект, ради которого она вводилась в закон.