

Л.А. ВОСКОБИТОВА *

**ОСНОВАНИЯ ОТМЕНЫ ИЛИ ИЗМЕНЕНИЯ ПРИГОВОРА
В АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ**

Ключевые слова: реформа, проверка приговоров, апелляция, основания отмены или изменения приговоров, неполнота познания, справедливость судебного разбирательства, существенные нарушения, неправильное применение уголовного закона.

Судебная реформа в России продолжается. На этот раз реформа касается форм проверки приговоров и иных судебных актов в системе судов общей юрисдикции. Известно, что формы проверки судебных актов арбитражных судов получили иное развитие, чем в судах общей юрисдикции. Поэтому реформа форм проверки судебных актов в судах общей юрисдикции, в принципе, необходима и целесообразна. Она обусловлена еще и требованиями норм международного права, в силу которых государство обязано обеспечить человеку право на обжалование приговора и иного решения дела по существу, право на пересмотр приговора в вышестоящем суде и др.

С 1 января 2013 года вступают в действие положения Федерального закона от 29.12.2010 №433-ФЗ (ред.: от 05.06.2012) «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации»¹ (далее — ФЗ № 433). Они принципиально меняют систему проверки приговоров, иных итоговых и промежуточных решений, выносимых судами по уголовным делам. Наиболее суще-

© Воскобитова Л.А., 2012.

* Доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой уголовно-процессуального права МГЮА имени О.Е. Кутафина [lavosk@mail.ru].

¹ Первоначальный текст документа опубликован в Российской газете, № 297, 31.12.2010. В редакции от 05.06.2012 года документ не был опубликован. Изменения, внесенные Федеральным законом от 05.06.2012 № 54-ФЗ, вступили в силу со дня официального опубликования на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> — 07.06.2012 / см.: СПС «КонсультантПлюс». Далее по тексту статьи этот закон будет называться сокращенно — ФЗ № 433.

ственными становятся изменения апелляционной проверки приговоров. Во-первых, эта инстанция становится единой для всех приговоров, вынесенных судом первой инстанции, независимо от того, какой из судов и в каком процессуальном порядке рассматривал и разрешил дело. Во-вторых, апелляция становится единственной формой проверки приговоров, не вступивших в законную силу. В-третьих, становится возможным в апелляционной инстанции не только выявлять нарушения, допущенные при производстве по делу, но и исправлять их без возвращения дела на повторное рассмотрение, если нарушение может быть исправлено судом апелляционной инстанции. Апелляционная инстанция в таких случаях вправе выносить апелляционный приговор, который вступает в законную силу без дополнительной проверки в кассационном порядке, как это установлено до 01 января 2013 года. По существу, появляется новый вид судебных актов — апелляционный приговор, который соединяет в себе свойства судебного акта, решающего дело по существу, и акта судебного контроля. Все эти новеллы требуют серьезных теоретических исследований и комментариев; толкования и разъяснения их правоприменителю. Вместе с тем далеко не все положения реформы могут быть поняты и разъяснены до начала их практического применения и формирования первых опытов судебной практики. Не следует ожидать, что с 1 января 2013 года сама по себе возникнет правильная, улучшенная судебная практика проверки приговоров. Этот процесс потребует серьезной исследовательской и разъяснительной работы, а кроме того, потребуются и корректировки самого реформенного законодательства.

Одним из таких вопросов, по нашему мнению, станет вопрос о системе оснований отмены или изменения приговоров, иных итоговых и промежуточных решений в апелляционном порядке. В свете реформы проверочных стадий уголовного судопроизводства этот вопрос приобретает особое значение с точки зрения адекватности системы оснований, предложенной в законе, целям и задачам реформы. ФЗ № 433 в вопросе регулирования системы оснований отмены или изменения приговоров предлагает ряд новелл. Прежде всего это **разный подход к формированию систем оснований для проверки приговоров, не вступивших в законную силу, в апелляционной инстанции, и для проверки приговоров, вступивших в законную силу, в кассационной или надзорной инстанциях.**

До настоящего времени, как известно, действовала единая система оснований к отмене или изменению приговоров для всех этих инстанций, и приговор можно было обжаловать неоднократно и в разные инстанции, ссылаясь при этом на одни и те же нарушения. Проверка приговора вышестоящими инстанциями по всей системе оснований в той или иной мере давала основание для ревизионного подхода к проверке. Вышестоящая ин-

станция могла выявить нарушение и принять меры к его исправлению даже в тех случаях, когда это нарушение не указывалось в жалобе, или не все участники, которых касалось данное нарушение, приносили жалобу на приговор.

Такой подход обеспечивал определенную «страховку», благодаря которой нарушение, не выявленное одной инстанцией, могло быть обнаружено вышестоящей инстанцией и рано или поздно исправлено. Одновременно нельзя не признать, что именно подобная конструкция со временем стала одной из причин неэффективности работы всех судебных инстанций: нижестоящие инстанции нередко формально «отписывались» от жалоб, понимая, что кроме них есть еще ряд инстанций вышестоящих, которые в случае чего изменят или отменят неправосудный приговор.

Разделение систем оснований отмены и изменения приговора для апелляционной инстанции, проверяющей приговоры, не вступившие в законную силу, и для кассационной и надзорной инстанций, проверяющих вступившие в законную силу приговоры, порождает весьма серьезные теоретические и практические последствия. Апелляционная инстанция предназначается для проверки правильности решений первой инстанции, **как по форме, так и по существу**. При этом решение по существу, т.е. с точки зрения правильности установления фактической основы дела, будет проверяться только один раз: до вступления приговора в законную силу, и только в апелляционном порядке. Из этого следует, что апелляционная инстанция становится **единственной инстанцией, предназначенной для проверки приговора по всем возможным основаниям** (ст. 389⁹ УПК РФ). В кассационной или надзорной инстанции основаниями будут являться только существенные нарушения уголовно-процессуального закона и неправильное применение материального закона, т.е. предметом проверки будет только законность приговора (ст. 401², ч. 2 ст. 412¹ УПК РФ). Эти инстанции, по логике законодателя, не должны будут проверять правильность решения дела по существу, а сосредоточатся на проверке лишь соответствия его «букве закона».

Можно предположить, что такая конструкция системы проверки и системы оснований отмены и изменения судебных актов приводит российское уголовное судопроизводство к признанию идеи **«окончательного»** судебного решения по делу и потребует практического воплощения этой идеи. Как отмечает Л.В. Головкин¹, по европейской традиции стороны имеют право на две инстанции при рассмотрении дела. После рассмотрения дела судами первой и апелляционной инстанций приговор становится **окончательным с**

¹ См.: Головкин Л.В. Обзор выступлений на заседании круглого стола «Формы проверки судебных решений в связи с изменениями в УПК РФ» /Lex Russica. Научные труды МГЮА имени О.Е. Куцафина. 2011. №3. С. 796—798.

точки зрения установления фактических обстоятельств дела. В дальнейшем проверка может касаться только вопросов права, но не пересмотра выводов суда о фактах. Пересмотр вопросов правильности установления судом фактических обстоятельств дела в последующем становится экстраординарной ситуацией и осуществляется только в порядке производства ввиду вновь открывшихся или новых обстоятельств.

Принятие этой идеи **окончательного приговора** в части установления фактических обстоятельств после проверки и исправления приговора судом апелляционной инстанции порождает целый ряд далеко идущих практических выводов и требований. Во-первых, это предполагает принципиально иной уровень требований к качеству рассмотрения и разрешения дела судами первой инстанции, что, в свою очередь, позволит сократить количество жалоб в апелляционную инстанцию. Неизмеримо возрастает практическое значение положений ст. 6 ЕКПЧ о справедливости судебного разбирательства. Это положение приобретает значение важнейшего принципа при проведении судебного следствия, обеспечении состязательности и равноправия сторон, права на защиту, презумпции невиновности и др.

Поэтому одной из важных гарантий такого качества рассмотрения дела в первой инстанции должно стать более детальное регулирование системы оснований отмены или изменения приговора для апелляционной инстанции. Законодатель определяет такую систему в ст. 389¹⁵—389¹⁸ УПК РФ, сохранив действующие в настоящее время общие основания отмены или изменения приговоров: 1) несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела, установленным судом первой инстанции; 2) существенное нарушение уголовно-процессуального закона; 3) неправильное применение уголовного закона; 4) несправедливость приговора.

Представляется, что эта система не может в полной мере обеспечить решение тех новых задач, которые возникают перед судом апелляционной инстанции в свете реформы. К сожалению, предложенная система апелляционных оснований не обеспечивает проверку правильности и полноты установления фактических обстоятельств дела. Между тем апелляционная инстанция существует в системе вышестоящих инстанций именно для проверки правильности приговора по существу, т.е. с точки зрения установления фактической основы дела. В этой связи обращает на себя внимание то обстоятельство, что в гражданском и арбитражном процессах, построенных на принципах состязательности и диспозитивности, законодатель тем не менее полагает необходимым установить гарантии правильности познания фактических обстоятельств дела. Среди оснований отмены или изменения судебного решения названы такие: «неправильное определение обстоятельств,

имеющих значение для дела» (п. 1 ч. 1 ст. 330 ГПК РФ) или «неполное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела» (п. 1 ч. 1 ст. 270 АПК РФ). Кроме того, самостоятельным основанием признается и недоказанность этих обстоятельств (п. 2 ч. 1 ст. 330 ГПК и п. 2 ч. 1 ст. 270 АПК). Представляется, что это более точное определение системы оснований, которое в большей мере адекватно задачам апелляционной проверки. Нет никаких объективных причин для столь существенного отличия системы оснований отмены или изменения неправомерного судебного акта в апелляционном порядке для арбитражного, гражданского и уголовного судопроизводства. Природа апелляционной проверки едина, независимо от вида судопроизводства. И идея окончательного в части установления фактических обстоятельств судебного акта после проверки и исправления его апелляционной инстанцией должна быть обеспечена соответствующими основаниями для всех видов судопроизводства в равной мере. Поэтому мы полагаем необходимым и в уголовном судопроизводстве вернуться к включению в систему оснований таких нарушений, как неправильное (одностороннее, неполное, необъективное) установление фактических обстоятельств при рассмотрении дела судом.

Указанные в законе четыре основания отмены или изменения приговоров также нуждаются в определенной корректировке. Наиболее серьезных уточнений требует, на наш взгляд, регулирование существенных нарушений процессуального закона как основания к отмене приговоров, обеспечивающего в целом справедливость судебного разбирательства. Можно выделить наиболее серьезные, объективные и системные недостатки в предложенном регулировании системы апелляционных оснований отмены и изменения приговоров.

1. Законодатель, повторяя действующую в настоящее время систему оснований, явно не учитывает концептуальные изменения всей системы проверки судебных актов в целом.

Еще раз подчеркнем, что апелляционная инстанция с января 2013 года нацеливается на оперативную и эффективную проверку судебных актов, предполагающую:

а) устранение путем непосредственного исследования доказательств всех нарушений, касающихся как установления фактических обстоятельств дела, так и правильности примененного материального закона и соблюдения требований процессуального закона;

б) освобождение первой инстанции от повторного рассмотрения дел во всех случаях, когда нарушение можно исправить в апелляционном порядке;

в) освобождение вышестоящих инстанций от необходимости вновь и неоднократно проверять одни и те же основания жалоб.

Апелляционная инстанция, становящаяся основной и определяющей в системе обеспечения эффективности проверки судебных актов и качества правосудия по уголовным делам в целом, не в полной мере обеспечена эффективной и адекватной системой оснований отмены и изменения приговоров.

Система оснований отмены или изменения приговора в такой ситуации должна обеспечивать возможность максимально полной проверки приговора, своевременного выявления и эффективного устранения средствами апелляционной инстанции допущенных ошибок. Как отмечено выше, среди оснований, указанных в п. 1—4 ст. 389¹⁵ УПК РФ, нет ни одного, нацеливающего апелляционную инстанцию на проверку правильности и полноты установления и доказывания судом первой инстанции фактических обстоятельств дела.

В свое время, при разработке УПК РФ, отказ от включения такого нарушения в число оснований к отмене или изменению приговора был обусловлен, на наш взгляд, недостаточно четким пониманием роли суда в состязательном процессе. Доминировало представление о пассивной роли суда в исследовании фактических обстоятельств дела и ответственности сторон за полноту и всесторонность их исследования. Содержание ст. 343 УПК РСФСР явно не соответствовало такому пониманию роли суда, поэтому от подобного основания с легкостью отказались. Как показала практика, стороны далеко не всегда выполняют и могут выполнить такую обязанность, как обеспечение всесторонности и полноты исследования обстоятельств дела. Однако ответственность за качество судебных решений как актов судебной власти с суда никто не снимал. Именно на суд возложено осуществление процессуальной функции разрешения дела (ст. 15 УПК РФ). Осуществление данной функции, в силу правоприменительного характера уголовного судопроизводства, включает в себя обязанность суда: а) устанавливать фактическую основу дела, б) отыскивать юридическую основу дела и только потом в) принимать правоприменительное решение. Требование законности, обоснованности и справедливости приговора обращено не к сторонам, а к суду (ст. 297 УПК РФ).

Следовательно, нисколько не посягая на состязательность судебного разбирательства, необходимо признать, что **суд ответственен за качество познания и доказывания фактических обстоятельств, которые он кладет в основу приговора.** Это вытекает и из смысла статьи 6 ЕКПЧ, согласно которой именно суд обязан обеспечивать право человека на справедливое судебное разбирательство, обеспечивая беспристрастность судьи, предоставляя обвиняемому равные права с обвинителем в исследовании доказательств в суде и т.п. И в этом смысле, на наш взгляд, в системе оснований отмены или изменения приговора обязательно должно быть основание, обеспечивающее проверку правильности и полноты установления фактической основы дела. В

этом смысле более верным представляется решение, найденное и закрепленное в ст. 330 ГПК РФ и ст. 270 АПК РФ.

2. В ст. 389¹⁵ УПК РФ отсутствуют основания, позволяющие выявлять и исправлять судебные ошибки в установлении фактической основы дела.

В этой связи имеющийся перечень оснований необходимо дополнить таким положением, как «*Неправильное или неполное установление фактических обстоятельств, имеющих значение для решения дела*». Целесообразно указать это основание в пункте первом части первой данной статьи, далее раскрыв содержание этого основания в самостоятельной статье, которая также должна начинать регулирование системы оснований. Это ориентирует апелляционную инстанцию на необходимость проверять прежде всего правильность установления фактической основы дела. Можно предложить следующую редакцию статьи, которой следовало бы дополнить систему апелляционных оснований, изменив соответственно нумерацию остальных статей в главе 451 УПК РФ:

«Статья 389^X. Неправильное или неполное установление фактических обстоятельств, имеющих значение для решения дела.

1. Неправильным признается установление фактических обстоятельств дела, если:

1) суд оставил без проверки или проверил неполно утверждения стороны о наличии фактических обстоятельств, имеющих юридическое значение для правильного разрешения дела;

2) сторона обвинения не представила достаточных доказательств, вне разумных сомнений подтверждающих фактические обстоятельства совершенного преступления, а также причастность подсудимого к его совершению, а суд постановил обвинительный приговор;

3) сторона обвинения не представила доказательства, опровергающие доводы, приводимые в пользу обвиняемого, а суд не применил правило о толковании неустранимых сомнений в его пользу;

4) утверждения сторон о фактических обстоятельствах противоречивы и порождают разумные сомнения, а суд не принял необходимых и достаточных мер к их проверке и устранению, не дал им надлежащей оценки;

5) выводы суда не подтверждаются доказательствами, исследованными в судебном заседании;

б) суд отказал в удовлетворении ходатайства стороны о получении и исследовании доказательства, необходимого для установления фактических обстоятельств, имеющих юридическое значение для обоснования позиции стороны по делу;

7) суд необоснованно исключил доказательство как недопустимое, что лишило сторону возможности установить фактические обстоятельства, имеющие юридическое значение;

8) суд не исключил как недопустимое доказательство, полученное с нарушением федерального закона, признав фактические обстоятельства обвинения установленными на основании недопустимого доказательства.

2. Неполным признается установление фактических обстоятельств, если:

1) сторона обвинения не установила с достаточной полнотой или неполно представила суду фактические обстоятельства, подлежащие доказыванию по делу, а суд не дал этому оценки и не учел этого при постановлении приговора¹;

2) суд положил в основу обвинительного приговора признание обвиняемым своей вины при отсутствии, явной недостаточности или противоречивости совокупности доказательств, подтверждающих его виновность;

3) суд не допросил свидетелей, не назначил экспертизу, в том числе дополнительную или повторную, не истребовал документы, не исследовал вещественные доказательства, не удовлетворил ходатайства защиты о допросе лиц в качестве свидетеля или специалиста, не истребовал иные доказательства, в результате чего стороны были ограничены в возможности полно представить суду обстоятельства, имеющие юридическое значение, необходимые им для обоснования позиции по делу».

Такое основание нацеливало бы суд первой инстанции на беспристрастность и объективность исследования фактических обстоятельств дела, что, в свою очередь, позволило бы сократить число обжалуемых приговоров. Одновременно с этим такое основание нацеливало бы суд апелляционной инстанции на тщательную проверку правильности установления фактических обстоятельств дела, своевременное исправление и восполнение неправильности или неполноты познания и эффективное устранение выявленных нарушений.

3. Недостаточно четко и последовательно сформулировано такое основание как «Несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела».

Это основание отмены или изменения приговора тоже связано с познанием фактических обстоятельств дела. Но оно затрагивает не момент их установления (т.е. собственно познания), а момент использования установленных обстоятельств. Проверка такого основания как «Неправильное или неполное установление фактических обстоятельств, имеющих значение для ре-

¹ Широкое распространение в судебной практике приобрели случаи неустановления обвинением и судом таких обстоятельств, как время, место, обстоятельства совершения определенных действий обвиняемым, но суд признает их тем не менее незаконными. Например, в приговорах встречаются описания фактических обстоятельств типа: «В неустановленное следствием время, в неустановленном месте при неустановленных обстоятельствах обвиняемый незаконно приобрел...». Кассационные инстанции не реагируют на такую неполноту установления фактической основы дела и нарушения исправляются только в Верховном Суде РФ. См., напр., Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 26 сентября 2006 года по делу № 56-ДП05-74; Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 30 август 2006 года № 454-П06 //СПС «КонсультантПлюс».

шения дела» может показать, что обстоятельства дела установлены достаточно полно и вне разумных сомнений. Однако при построении выводов суд нарушает логику, не обеспечивает последовательность, обоснованность и мотивированность своих выводов. Поэтому такое основание, как «Несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела» должно охватывать нарушения, связанные: а) с неправильным построением выводов суда из установленных и отраженных в приговоре фактических обстоятельств дела и б) с неправильным использованием судом доказательств, собранных по делу и исследованных в судебном заседании.

Текст статьи 389¹⁶ УПК РФ, которая будет действовать с 1 января 2013 года, недостаточно четко регламентирует данное основание и, по нашему мнению, нуждается в определенной корректировке. Во-первых, в п. 1 ч. 1 ст. 389¹⁶ УПК РФ указано такое нарушение, как «выводы суда не подтверждаются доказательствами, рассмотренными в судебном заседании». Однако, если выводы суда бездоказательны, не основаны на достаточной совокупности допустимых доказательств, исследованных в судебном заседании, то это свидетельствует скорее о неправильном или неполном познании фактических обстоятельств. Вне доказывания, без обоснования выводов доказательствами познание в уголовном судопроизводстве не признается юридически значимым. Если выводы суда не основаны на доказательствах, вообще невозможно делать юридические выводы о фактических обстоятельствах дела. Поэтому, мы полагаем, более последовательным данное нарушение из п. 1 ст. 389¹⁶ в действующей редакции исключить, но включить его в содержание такого основания, как «Неправильное или неполное установление сторонами и судом фактических обстоятельств, имеющих значение для решения дела», в предложенной выше редакции (ч. 1 п. 5 статьи 389^X).

Оставшиеся три нарушения, указанные в ст. 389¹⁶ УПК РФ, действительно свидетельствуют о нелогичности и необоснованности приговора в силу того, что:

1) суд установил, но не учел фактические обстоятельства, которые могли существенно повлиять на выводы суда (несоответствие выводов фактическим обстоятельствам);

2) суд исследовал необходимые доказательства и выявил ряд существенных противоречий в этих доказательствах; суд сформулировал свои выводы по делу, но при этом не дал оценки имеющимся противоречиям и не указал, по каким основаниям он принял одни доказательства или отверг другие (несоответствие выводов исследованным доказательствам);

3) суд сделал свои выводы по делу, однако сами выводы о виновности или невиновности, о квалификации преступления или применении иных норм материального права, о виде и размере наказания или о других право-

вых вопросах дела содержат существенные противоречия, что порождает обоснованное сомнение в правосудности приговора (нелогичность и непоследовательность выводов).

4. Предложенная формулировка основания «Существенные нарушения уголовно-процессуального закона» недостаточна для обеспечения проверки апелляционной инстанцией выполнения судом первой инстанции требования справедливости судебного разбирательства.

Разрозненные нарушения, включенные в содержание данного основания, не дают целостного представления о том, что только системное соблюдение всех процедурных требований, вытекающих из положений Конституции РФ, ст. 6 ЕКПЧ и иных международных актов, а равно требований УПК РФ, может обеспечить соблюдение права человека на рассмотрение его дела в справедливом судебном разбирательстве. Поэтому, нам представляется, что данное основание необходимо сформулировать более современно, с учетом требований норм международного права.

Кроме того, еще в советском уголовном процессе сформировалось ошибочное представление о том, что одним из нарушений уголовно-процессуального закона является прекращение дела судом при наличии соответствующих оснований (п. 1 ч. 2 ст. 345 УПК РСФСР). Эта ошибка механически переносится из одного кодекса в другой. С таким положением нельзя согласиться. Во-первых, основания для прекращения уголовного дела содержатся, в основном, в уголовном законе, поэтому прекращение уголовного дела означает прежде всего неправильное применение уголовного закона (например, отсутствие состава преступления, истечение сроков давности, недостижение возраста уголовной ответственности, примирение сторон и т.п.).

Есть и небольшое количество процессуальных оснований к прекращению уголовного дела, например, отсутствие заявления потерпевшего по делам частного обвинения. Если УК РФ предусматривает основание освобождения от уголовной ответственности или наказания, а УПК РФ — основание для прекращения уголовного дела, то установление в уголовном судопроизводстве соответствующих фактических обстоятельств требует незамедлительного прекращения уголовного дела. Дознаватель, следователь, прокурор не вправе направлять его в суд¹, а суд не вправе выносить обвинительный приговор. Дело должно быть прекращено сразу же, как только будет установлена фактическая основа для применения подобной нормы уголовного права.

Из этого следует, что прекращение уголовного дела при наличии к тому законных оснований затрагивает не форму судопроизводства, а само со-

¹ К сожалению, в досудебном судопроизводстве дела практически не прекращаются, даже при наличии соответствующих оснований, а такие решения чаще всего действительно принимают суды. См.: *Воскобитова Л.А.* Возбуждение и прекращение уголовного дела: анализ следственной практики // Уголовное судопроизводство. 2010. № 2. С. 3—7.

держание этой правоприменительной деятельности. Поэтому включение «непрекращения уголовного дела судом при наличии оснований, предусмотренных статьей 254 настоящего Кодекса», в число нарушений процедуры, формы уголовного судопроизводства свидетельствует о непонимании объективной природы этого основания отмены приговора. Непрекращение уголовного дела при наличии соответствующих оснований является частным случаем неправильного применения уголовного закона: применение уголовной нормы, не подлежащей применению к данным фактическим обстоятельствам. Указание на это нарушение из п. 1 ч. 2 ст. 389¹⁷ УПК РФ должно быть исключено, а перенесено в ч. 1 ст. 389¹⁸ УПК РФ.

Вызывает сомнение и правомерность включения в п. 9 ч. 2 ст. 389¹⁷ УПК РФ такого нарушения, как «обоснование приговора доказательствами, признанными судом недопустимыми». Здесь требуется четкое разграничение условных и безусловных существенных нарушений формы уголовного судопроизводства. Использование судом недопустимых доказательств в обоснование приговора недопустимо. Но судьба приговора будет зависеть от того, есть ли в обосновании приговора иные доказательства, достаточно ли их для признания приговора законным и обоснованным. Поэтому, в одних случаях, использование судом недопустимого доказательства может быть исправлено путем изменения приговора: исключением из текста приговора ссылки на недопустимое доказательство. Если в результате такого изменения приговор станет законным и обоснованным, его не следует отменять «в любом случае», как об этом говорит ч. 2 ст. 389¹⁷ УПК РФ. Нарушение, указанное в п. 9 данной статьи, по своей природе является условным основанием к отмене приговора и не должно включаться в предлагаемый список безусловных оснований.

И еще одно замечание. Нарушение формы уголовного судопроизводства традиционно связывается с требованиями уголовно-процессуального закона. Между тем в современной практике уголовного судопроизводства действуют требования и иных нормативных актов, например, положения Конституции РФ, нормы международных актов и др. (ст. 1, ст. 7 УПК РФ, Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П¹). Поэтому данным основанием могут охватываться не только нарушения собственно уголовно-процессуального закона, но и нарушения норм иных источников уголовно-процессуального **права**. Представляется, что в таком случае более точным было бы название «Существенные нарушения уголовно-процессуального права». Поэтому существенные нарушения формы уголовного

¹ Постановление КС РФ от 29.06.2004 №13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // Собрание законодательства РФ, 05.07.2004, № 27, ст. 2804.

судопроизводства как основание к отмене приговора было бы целесообразно закрепить в ст. 389¹⁷ УПК РФ в следующей редакции:

«Статья 389¹⁷. **Существенные нарушения уголовно-процессуального права.**

1. Существенными нарушениями уголовно-процессуального права являются такие нарушения требований Конституции РФ, УПК РФ, общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ, которые путем лишения или стеснения прав участников судопроизводства, несоблюдения процедуры судопроизводства или иным путем помешали правильному установлению фактических обстоятельств дела, привели или могли привести к несправедливости судебного разбирательства и/или постановлению незаконного, необоснованного или несправедливого приговора.

2. Существенность нарушения норм уголовно-процессуального права зависит от обстоятельств и условий уголовного дела и оценивается судом апелляционной инстанции.

3. Существенными нарушениями уголовно-процессуального права, влекущими отмену приговора во всяком случае, являются:

1) рассмотрение дела незаконным составом суда или при участии незаконного состава коллегии присяжных заседателей;

2) нарушение при рассмотрении дела требований независимости или беспристрастности судей;

3) нарушение при производстве по делу требований презумпции невиновности, предусмотренных ст. 14 настоящего Кодекса;

4) рассмотрение дела в отсутствие подсудимого, за исключением случаев, предусмотренных ч. 5 ст. 247 настоящего Кодекса;

5) рассмотрение дела без участия защитника, если его участие является обязательным в соответствии с требованиями уголовно-процессуального права;

6) нарушение иным путем права обвиняемого пользоваться помощью защитника, выбранного им самим, или назначенного ему в случае отсутствия у него средств на оплату услуг защитника;

7) нарушение права обвиняемого давать показания на родном языке или языке, которым он владеет, и пользоваться бесплатно помощью переводчика;

8) лишение или ограничение права подсудимого допрашивать свидетелей, показывающих против него; права на вызов и допрос свидетелей защиты на тех же условиях, что и свидетелей обвинения, если сторона защиты заявляла ходатайство об этом и отсутствовали объективные причины невозможности такого допроса;

9) лишение или ограничение права подсудимого участвовать в прениях сторон;

10) лишение или ограничение права подсудимого на последнее слово;

11) нарушение тайны совещания коллегии присяжных заседателей при вынесении вердикта, тайны совещания коллегии судей при вынесении приговора, тайны совещательной комнаты при единоличном рассмотрении дела судьей;

12) отсутствие подписи судьи или судей при коллегиальном рассмотрении дела на соответствующем решении суда;

13) отсутствие протокола судебного заседания».

5. Неправильное применение уголовного закона и несправедливость приговора необоснованно объединены законодателем в одну статью (ст. 389¹⁸ УПК РФ) и требуют уточнения содержания каждого из этих оснований.

«Неправильное применение уголовного закона» и «несправедливость приговора» — принципиально разные основания к отмене или изменению приговора. Первое затрагивает требование законности приговора и требует проверки соответствия приговора «букве» закона. Второе основание связано с правильностью решения дела по существу с учетом фактических обстоятельств дела. Это нарушение затрагивает требование обоснованности приговора: оно требует оценки и сопоставления фактических обстоятельств и выбора судом вида и размера наказания, обоснования и мотивировки принятого решения. Поэтому указание их как самостоятельных оснований в разных статьях УПК более точно отражает их природу и нацеливает суды на более правильное применение как норм Особенной, так и Общей части Уголовного кодекса.

Кроме того, часть первая статьи 389¹⁸ УПК РФ, предусматривающая неправильное применение уголовного закона, повторяет дословно текст ст. 382 УПК РФ, сохраняя ее неудачную редакцию и неясное содержание. Было бы целесообразным, проводя реформу, не только выстраивать новую систему оснований, отвечающую целям реформы, но и не повторять имеющиеся ошибки.

«Неправильное применение уголовного права», являясь основанием, обеспечивающим проверку законности приговора, должно быть сформулировано так, чтобы охватить все возможные ошибки в этой зоне правоприменительной деятельности суда первой инстанции. Хочется подчеркнуть термин «ошибки». Если все иные основания отмены или изменения приговоров могут быть порождением ошибки, небрежности, нарушения закона, непрофессиональности действий судьи или иных властных участников уголовного судопроизводства, то применительно к данному основанию можно говорить лишь об ошибке.

Термин «*нарушение норм уголовного закона*» традиционно употребляется как синоним термина «*преступление*». При системном анализе ст. 382, а также ст. 389¹⁸ УПК РФ становится совершенно очевидным, что законодатель, употребляя термин «нарушение требований Общей части Уголовного кодек-

са Российской Федерации», хотел сказать не о преступном поведении судьи. Не о том, например, что судья вынес заведомо неправосудный приговор, решение или иной судебный акт, нарушив ст. 305 УК РФ, а вместе с тем и требования ст. 8 и 14¹ или ст. 21, 28 или других норм Общей части УК РФ. Для подобных ситуаций есть принципиально иной путь выявления подобного нарушения и исправления приговора, вынесенного в результате преступных действий судьи: возобновление производства по делу ввиду вновь открывшихся обстоятельств (п. 3 ч. 3 ст. 413 УПК РФ).

В качестве основания отмены или изменения приговора в апелляционном порядке (как, впрочем, и в кассационном, и в надзорном) может выступать только **неправильное применение** уголовного закона. Оно допускается **по ошибке**, связанной с неправильным пониманием содержания нормы, неправильным его толкованием, неправильным выбором нормы, наиболее соответствующей установленным фактическим обстоятельствам дела, и т.п. Неправильное применение уголовного закона может иметь место, как при применении норм Общей части, так и норм Особенной части УК РФ, и приводит к неправильной квалификации преступления или неправильному решению вопроса о виновности подсудимого. При решении вопроса о наказании также может быть неправильно применен уголовный закон. Практика показывает, что в большинстве случаев отмены или изменения приговоров в части назначенного наказания, суды первой инстанции допускают ошибки в применении норм именно Общей части УК РФ, регулирующих назначение наказания (глава 10 УК РФ).

Под неправильным применением материального закона традиционно понимается: а) неприменение нормы, подлежащей применению; б) применение нормы, не подлежащей применению; в) неправильное истолкование нормы, противоречащее ее смыслу (см. ст. 344 УПК РСФСР; ч. 2 ст. 330 ГПК РФ; ч. 2 ст. 270 АПК РФ). Следует признать, что такое раскрытие содержания термина «неправильное применение материального закона» мало что добавляет к его пониманию. Если не применена норма, подлежавшая применению, следовательно, применена та, которая применению не подлежала, и все это есть результат именно неправильного истолкования, противоречащего смыслу нормы. В ст. 382 УПК РФ законодатель впервые попытался отойти от такого «замкнутого круга толкования», но редакция данной статьи содержит ряд неточностей, которые следовало бы исправить в настоящее

¹ Например, в настоящее время идет серьезная дискуссия по вопросу о правомерности привлечения к уголовной ответственности участниц группы «Pussy Riot» именно потому, что под сомнение ставится правильность применения не только норм Особенной части УК (ч.2 ст.213 УК РФ), но и норм Общей части, в том числе наличие в их действиях всех признаков состава преступления (ст. 8 УК РФ), или вопрос о том, запрещено ли подобное деяние УК РФ. См. Интернет-обсуждение.

время. Поэтому полагаем целесообразным изложить содержание данного основания в следующей редакции:

«Статья 389¹⁸. Неправильное применение уголовного закона:

1. Неправильным применением уголовного закона является применение нормы *Общей или Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации, не подлежащей применению к установленным судом первой инстанции фактическим обстоятельствам, и/или неприменение нормы, подлежащей применению в данном случае, в результате толкования, не соответствующего смыслу и содержанию примененной нормы.*

2. Приговор подлежит отмене или изменению, если неправильно применена норма *Общей или Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации при решении вопросов:*

- 1) *о преступности совершенного деяния и его квалификации;*
- 2) *о виновности подсудимого в совершении данного деяния и применении к нему уголовной ответственности;*
- 3) *о возможности или невозможности применения наказания за данное деяние;*
- 4) *о виде и размере назначаемого наказания, а равно виде исправительного учреждения и режиме, которые должны быть определены при назначении наказания в виде лишения свободы.*

3. Приговор подлежит отмене или изменению так же и в случаях, когда *неправильно применены нормы материального права при решении иных правовых вопросов рассматриваемого дела».*

Несправедливость приговора, как уже сказано, связана не с законностью, а с обоснованностью приговора. Уже поэтому ее проверка связана с необходимостью оценивать не столько правильность применения нормы права, сколько фактические обстоятельства дела и правильность их оценки судом.

По логике реформы форм проверки приговоров, с 1 января 2013 года справедливость приговора может быть проверена и оценена только в апелляционном порядке, поскольку кассационная и надзорная инстанции нацеливаются теперь на проверку только законности приговора. Поэтому данное основание должно, на наш взгляд, регулироваться отдельной нормой и предусматриваться самостоятельной статьей УПК РФ.

Содержание данного основания должно корреспондировать ст. 6 УК РФ, устанавливающей принцип справедливости уголовного права, реализация которого обеспечивается при вынесении приговора. Поэтому целесообразно уточнить содержание данного основания и закрепить данное основание в УПК РФ в следующей редакции:

«Статья 389^{XXX}. Неправедливость приговора

1. Неправедливым признается приговор, по которому наказание и иные меры уголовно-правового характера, назначенные лицу, признанному виновным в совершении преступления, или примененные к лицу, признанному совершившим деяние, предусмотренное Особенной частью Уголовного кодекса Российской Федерации, хотя и не выходят за пределы санкции примененной нормы уголовного права, но по своему виду и размеру явно не соответствуют:

1) характеру и степени общественной опасности деяния и обстоятельствам его совершения;

2) личности виновного или иного лица, совершившего такое деяние.

2. Приговор может быть признан неправедливым как вследствие чрезмерной суровости, так и вследствие чрезмерной мягкости примененного наказания или иных мер уголовно-правового характера».

Рассмотренные основания отмены или изменения касаются прежде всего приговора, не вступившего в законную силу. Но есть и новая проблема, с которой столкнется практика апелляционного производства. ФЗ № 433 впервые разграничил проверку итоговых и промежуточных решений. Пока остается не ясным, пригодны ли основания, установленные для проверки в апелляционном порядке приговора, для того чтобы проверять промежуточные решения. Есть ли необходимость использовать при проверке промежуточных решений апелляционную процедуру с правилом о непосредственном исследовании доказательств? Какое решение должна будет принимать апелляционная инстанция при проверке решений о производстве следственного действия или применении меры процессуального принуждения, принимаемых судом, согласно ч. 2 ст. 29 УПК? Кто в таком случае вправе принимать решение о заключении под стражу, залоге, домашнем аресте, временном отстранении от должности, о производстве обыска или выемки в жилище, контроле переговоров и пр.? Чье решение — суда первой или апелляционной инстанции будет иметь определяющее значение? Как в случае обжалования обеспечить оперативность следственных действий или мер пресечения? Эти вопросы не получили должного регулирования в предлагаемом законе, и пока нет достаточных материалов практики для обобщения и выработки предложений по совершенствованию законодательства. Эти вопросы еще ждут своего исследования.

Материал поступил в редакцию 31 июля 2012 года.