



**Бахта А.С.♦**

DOI: 10.25108/2304-1730-1749.iolr.2018.57.20-42

## **Проблемы формирования и использования некодифицированных источников уголовно-процессуального права**

**Аннотация:** Несмотря на существование специализированного закона - УПК РФ - общественные отношения, связанные с расследованием и рассмотрением уголовных дел, регулируются правовыми нормами, содержащимися в других законах. Как правило, эти нормы ориентированы на регламентацию частных вопросов, но, тем не менее, являются источниками уголовного процесса и не могут быть проигнорированы в правоприменительной деятельности. Другие законы по-разному сочетаются с Уголовно-процессуальным кодексом и в зависимости от этого подразделяются на: 1) законы, регламентирующие деятельность правоохранительных органов и правовое положение судей; 2) иные законы, содержащие нормы, призванные урегулировать конкретные, частные вопросы, могущие возникнуть при производстве по делу. Мы склонны в этой классификации выделить еще одну группу - законы, выполняющие обеспечительную функцию по отношению к уголовному судопроизводству.

**Ключевые слова:** некодифицированные источники; уголовно-процессуальное право; Конституция РФ; УПК РФ; Конституционный суд; уголовное судопроизводство; нормативный акт; уголовно-процессуальные отношения.

Под некодифицированными источниками уголовно-процессуального права мы понимаем те нормативные акты, в которых содержится хотя бы

---

♦ **Бахта Андрей Сергеевич** – доктор юридических наук, профессор, Омская академия МВД Российской Федерации, г. Омск, Россия. E-mail: ma@mvd.ru



одна уголовно-процессуальная норма или ее элемент. При рассмотрении вопроса о понятии источников уголовно-процессуального права неоднократно обращалось внимание на значительное количество нормативных актов (в том числе и законов), затрагивающих в большей или меньшей степени сферу судопроизводства. Такой разброс уголовно-процессуальных норм, по нашему мнению, явление крайне нежелательное.

Во-первых, с позиции юридической техники, сложившаяся ситуация может быть оценена как отказ от достижений в части составления и изложения законодательства. Кроме того, рассредоточенные нормы уголовно-процессуального права сложнее увязать между собой, влить в единую согласованную систему.

Во-вторых, что представляет не меньшую важность, расположение правовых предписаний, регулирующих уголовное судопроизводство, в значительном числе законов делает их труднодоступными для правоприменителя. Изучение практики показало, что следователи, оперативные работники в большинстве случаев не ориентируются в некодифицированном уголовно-процессуальном законодательстве. Так, проведенный нами опрос следователей органов внутренних дел показал, что им знакомы далеко не все уголовно-процессуальные предписания, содержащиеся вне УПК РФ. На вопрос: «Какими законами (кроме УПК РФ) необходимо руководствоваться при производстве расследования?» Конституцию Российской Федерации назвали 71% из числа опрошенных, Закон РФ «О милиции» (существовавший на тот момент) - 66,6%, Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» - 23,8%, Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» - 5,0%.

На наш взгляд, представители теории уголовного процесса единодушны во мнении, что к числу источников уголовно-процессуального права относятся законы, включая Конституцию РФ. У нас нет возражений по этому



поводу. Считаем также, что нет необходимости излагать здесь краткую характеристику этих законов или уголовно-процессуальных норм, содержащихся в них. Поэтому сразу обратим внимание на те проблемные ситуации, которые возникают при применении уголовно-процессуальных норм, содержащихся в некодифицированном уголовно-процессуальном законодательстве.

Во-первых, мы уже высказывали неудовлетворенность по поводу того, что законодатель в ч. 1 ст. 1 УПК РФ не обозначил Конституцию РФ в качестве Закона, устанавливающего порядок судопроизводства. Он указал ее лишь как базовый нормативный акт, на котором основан УПК РФ. Это притом, что действующая Конституция РФ – «самая уголовно-процессуальная» Конституция во всей российской истории [1, с. 73]. Прав В. П. Божьев, считающий, что это обстоятельство не исключает непосредственного участия Основного закона России в регулировании уголовно-процессуальных отношений. При этом автор приводит ряд аргументов, среди которых наиболее весомыми, на наш взгляд, являются: возможность прямого применения конституционных норм при производстве по уголовному делу (на что неоднократно указывали Конституционный Суд РФ и Пленум Верховного Суда РФ), а также использование положений Основного Закона при разрешении коллизий между уголовно-процессуальным законом и отраслевыми нормативными актами [2, с. 6].

Неудачно законодателем была использована Конституция РФ и в качестве основы УПК РФ. Свидетельство тому - многочисленные решения Конституционного Суда РФ по вопросам уголовного судопроизводства, причем не в пользу разработчиков текста УПК РФ. Рассматривать их все в рамках настоящей статьи мы не считаем возможным. Но вопрос о принадлежности решений Конституционного Суда РФ к числу источников уголовно-процессуального права обсудить необходимо, тем более что в



последнее время такие решения играют значительную роль в правовом регулировании уголовно-процессуальной деятельности. На наш взгляд, существуют веские аргументы как «за» причисление рассматриваемых актов к числу источников уголовно-процессуального права, так и «против».

К аргументам «против» в первую очередь следует отнести то обстоятельство, что Конституционный Суд РФ является судебным органом конституционного контроля и как таковой законы не издает [6, с. 149]. Немаловажным является и то, что большинство решений высшего органа конституционного надзора в сфере уголовного судопроизводства принято по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан. При этом, согласно ч. 1 ст. 96 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» [9] правом на обращение в Конституционный Суд РФ с индивидуальной или коллективной жалобой на нарушение конституционных прав и свобод обладают граждане, чьи права и свободы нарушаются законом, примененным или подлежащим применению в конкретном деле. Таким образом, значительная часть решений Конституционного Суда РФ основана на рассмотрении конкретного жизненного случая, т. е. имеет признаки индивидуально-правового акта, который, по нашему мнению, не образует норм права.

К аргументам «за» в первую очередь могут быть отнесены контраргументы «против». Действительно, Конституционный Суд РФ не издает законы. Но нас в данном случае интересует не законодательная деятельность, а нормотворческая. Как правильно отмечается, нормы права содержатся не только в законах [8, с. 69-72]. Высший орган конституционного надзора, как правило, принимает решение на основе исследования конкретного жизненного случая, но только «на основе». В целом он дает оценку конкретному правовому предписанию с точки зрения его соответствия Конституции РФ. Поэтому такое решение нельзя считать



индивидуальным правовым актом (как, например, приговор суда). Оно является общеобязательным. Признавая то или иное законодательное установление не соответствующим Конституции РФ, Конституционный Суд РФ блокирует применение этой нормы. И хотя, в отличие от законодателя, он не признает это положение утратившим силу, суть от этого не меняется. И законодатель, и Конституционный Суд РФ обладают фактически равным правом, позволяющим запретить применение конкретной правовой нормы.

Теперь изложим собственно аргументы «за».

1. Решениями Конституционного Суда РФ могут быть созданы новые правила поведения участников уголовного судопроизводства. Ярким примером этого является реакция высшего органа конституционного надзора на положения ст. 405 УПК РФ (в ред. до принятия Федерального закона от 14 марта 2009 г. № 39-ФЗ). Согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 11 мая 2005 г. № 5-П ст. 405 УПК РФ в той мере, в какой она в системе действующего уголовно-процессуального регулирования пересмотра вступивших в законную силу приговоров, определений и постановлений суда, не допуская поворот к худшему при пересмотре судебного решения в порядке надзора по жалобе потерпевшего (его представителя) или по представлению прокурора, не позволяет тем самым устранить допущенные в предшествующем разбирательстве существенные (фундаментальные) нарушения, повлиявшие на исход дела, признана не соответствующей Конституции РФ, во взаимосвязи со ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и п. 2 ст. 4 Протокола № 7 к ней. Далее Конституционный Суд РФ указал: впредь до внесения соответствующих изменений и дополнений в уголовно-процессуальное законодательство пересмотр в порядке надзора по жалобе потерпевшего, его представителя и по представлению прокурора обвинительного приговора, а также определения и постановления суда в связи с необходимостью применения уголовного



закона о более тяжком преступлении, ввиду мягкости наказания или по иным основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также оправдательного приговора либо определения или постановления суда о прекращении уголовного дела, допускается лишь в течение года по вступлении их в законную силу.

Считаем необходимым особо отметить, что данным предписанием правоприменители пользовались на протяжении четырех лет, пока законодатель не внес соответствующие коррективы в УПК РФ.

2. В ряде случаев решения Конституционного Суда РФ кардинально меняют сущность и содержание норм и институтов уголовно-процессуального права. Анализируя современное правовое регулирование положений ч. 3 ст. 56 УПК РФ, где указан перечень лиц, не подлежащих допросу в качестве свидетелей, следует отметить, что сформулированный в данной норме запрет оказался не абсолютным. Такой вывод следует из позиции по данному вопросу Конституционного Суда РФ, который выразил ее неоднократно в своих определениях. Ключевым нормативным актом в данном случае нам представляется Определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 г. № 108-О.

В жалобе Г. В. Цицкишвили оспаривалась конституционность положения УПК РФ, согласно которому защитник подозреваемого или обвиняемого не подлежит допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с участием в производстве по уголовному делу. Рассматривая ее, высший орган конституционного надзора отметил, что норма, содержащаяся в п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ (как и корреспондирующая ей норма п. 2 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), направлена на защиту конфиденциальности сведений, доверенных подзащитным адвокату при выполнении им профессиональных функций.



Каких-либо иных целей, кроме создания условий для получения обвиняемым квалифицированной юридической помощи и обеспечения адвокатской тайны, законодатель в данном случае не преследовал. Освобождение защитника от обязанности свидетельствовать об обстоятельствах, которые стали ему известны или доверены в связи с его профессиональной деятельностью, служит обеспечению интересов обвиняемого и является гарантией беспрепятственного выполнения защитником возложенных на него функций; в этом заключаются смысл и предназначение указанной нормы.

Освобождая адвоката от обязанности свидетельствовать о ставших ему известными обстоятельствах, когда это вызвано нежеланием разглашать конфиденциальные сведения, п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ вместе с тем не исключает его права дать соответствующие показания в случаях, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений. Данная норма также не служит для адвоката препятствием в реализации права выступить свидетелем по делу при условии изменения впоследствии его правового статуса и соблюдения прав и законных интересов лиц, доверивших ему информацию.

Более того, Конституционный Суд РФ распространил данное толкование не только на адвокатов, он также отметил, что в подобных случаях суды не вправе отказывать в даче свидетельских показаний лицам, перечисленным в ч. 3 ст. 56 УПК РФ (в том числе защитникам обвиняемого и подозреваемого), при заявлении ими соответствующего ходатайства. Невозможность допроса указанных лиц - при их согласии дать показания, а также при согласии тех, чьих прав и законных интересов непосредственно касаются конфиденциально полученные сведения, - приводила бы к нарушению конституционного права на судебную защиту и искажала бы само существо данного права.



На наш взгляд, последнее суждение Конституционного Суда РФ не вполне обоснованно. Так, если распространить возможность допроса на иных (нежели адвокат) лиц, поименованных в ч. 3 ст. 56 УПК РФ, то может быть поставлено под сомнение наличие, например, тайны совещательной комнаты, тайны исповеди и др. Но поскольку данное толкование высшим органом конституционного надзора все-таки осуществлено, то представляется необходимой и корректировка УПК РФ. В этих целях было бы разумным дополнить ст. 56 УПК РФ частью 3<sup>1</sup>, изложив ее в следующей редакции:

«3<sup>1</sup>. Суд не вправе отказать в даче свидетельских показаний лицам, перечисленным в части третьей настоящей статьи, при заявлении ими соответствующего ходатайства, а также при согласии тех, чьих прав и законных интересов непосредственно касаются конфиденциально полученные сведения».

Законодатель этого шага пока не сделал, хотя решение Конституционного Суда РФ, несомненно, повлияло на содержание свидетельского иммунитета. Влияние высшего органа конституционного надзора имеет место в отношении положений ч. 8 ст. 42, ч. 1 ст. 45 УПК РФ и ряда других норм. В частности, исходя из решения высшего органа конституционного надзора положение ч. 8 ст. 42 УПК РФ не может рассматриваться как исключаящее возможность надления процессуальными правами потерпевшего более одного близкого родственника лица, чья смерть наступила в результате преступления (Определение Конституционного Суда РФ от 18 января 2005 г. № 131-О).

3. Конституционный Суд РФ в ряде случаев вносит изменения или уточнения в уголовно-процессуальные отношения, приводя их в соответствие с Конституцией РФ. Например, высший орган конституционного надзора отметил, что положение ч. 3 ст. 125 УПК РФ в его конституционно-правовом истолковании не препятствует допуску





представителя к участию в рассмотрении жалобы потерпевшего на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя и прокурора, независимо от того, принимал ранее представитель участие в деле или нет (Определение Конституционного Суда РФ от 24 ноября 2005 г. № 431-О). В другом случае он указал, что положения ст. 182 УПК РФ в их конституционно-правовом истолковании и в системном единстве с положениями п. 3 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не предполагают возможность производства обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования без принятия об этом специального судебного решения (Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. № 439-О). В определении Конституционного Суда РФ от 30 сентября 2004 г. № 252-О говорится, что ч. 7 ст. 236 УПК РФ не исключает право обвиняемого обжаловать в кассационном порядке принятое судом по результатам предварительного слушания решение по вопросу о подсудности уголовного дела.

Подобные примеры многочисленны. Более того, анализ состояния дел в этой сфере вызывает озабоченность. Так, В. В. Кальницкий приходит к выводу о расхождении, в ряде случаев, позиций законодателя и Конституционного Суда РФ. При этом, как отмечает автор, Конституционный Суд РФ демонстрирует, с одной стороны, настойчивость и последовательность, с другой – излишнюю деликатность [5, с. 89].

Как видим, аргументов «за» отнесение решений Конституционного Суда РФ (естественно, не всех, а лишь содержащих уголовно-процессуальные нормы) больше, нежели против. Между тем у некоторых представителей уголовно-процессуальной науки на этот счет продолжают оставаться сомнения. Так, К. Ф. Гуценко в связи с этим отмечает, что «в нашу правовую систему и в уголовно-процессуальное право, его источники вошло нечто необычное. Суды открыто начали корректировать пораженный многими



дефектами УПК РФ. И этому явлению также должно быть оказано должное внимание не только со стороны теоретиков, но и тех, кто призван помогать будущим и уже работающим юристам» [4, с. 20]. Проблему определения юридической природы решений Конституционного Суда РФ ученые считают достаточно сложной [3, с. 81-82].

Изложенное выше свидетельствует, что решения Конституционного Суда РФ играют значительную роль в регулировании уголовно-процессуальных отношений, вносят в эти отношения изменения, приводя их в соответствие с положениями Конституции РФ, являются обязательными для исполнения. Исходя из этого, у нас не возникает сомнений в том, что такие решения являются источниками уголовно-процессуального права.

Завершая рассмотрение этого вопроса, не можем не сделать ряд оговорок. Конечно, приведение уголовно-процессуального законодательства в соответствие с Конституцией РФ - явление, которое можно расценивать только положительно. Проблема состоит в том, что деятельность Конституционного Суда РФ в данном направлении носит эпизодический характер и в большинстве своем фрагментарна. Блокируя действие одной (или нескольких) норм права в достаточно отлаженной (пусть и несовершенной) системе, оставляя при этом все прочее неизменным, Конституционный Суд РФ, на наш взгляд, в некоторых случаях только усугубляет положение, увеличивая разобщенность, несогласованность, стройность уголовно-процессуального права в целом.

Здесь необходима инициативная деятельность законодателя, к сожалению, этого не наблюдается. Мы приводили выше пример реагирования законодателя на решение Конституционного Суда РФ по ст. 405 УПК РФ. Подобное имело место в отношении ч. 4 ст. 237 УПК РФ и ряде других случаев [10, с. 47]. Согласимся с В. П. Божьевым, что такая затянувшаяся реакция законодательного органа не может быть оправданной



[2, с. 12]. Не возражаем и против предложения В.Н. Ларионова об установлении ответственности законодателя за невыполнение решений Конституционного Суда РФ [7, с. 11], поддерживаем предложение А.В. Мещеряковой о разработке и реализации профильной дискуссионной платформы при высших законодательных органах [8, с. 69-72].

### **Библиография**

1. Азаров В.А., Ревенко Н.И., Кузембаева М.М. Функция предварительного расследования в истории, теории и практике уголовного процесса России: монография. Омск: Изд-во ОмГУ, 2006.

2. Божьев В.П. Недостатки системного характера в регулировании процесса доказывания по уголовному делу // Фундаментальные и прикладные проблемы управления расследованием преступлений: сб. науч. тр.: в 2 ч. М.: Академия управления МВД России, 2005.

3. Володина Л.М. Публичность российского уголовного процесса // Актуальные вопросы применения норм уголовно-процессуального и уголовного законодательства в процессе расследования преступлений: сб. мат-лов межвуз. науч.-практ. конф. : в 2 ч. М. : Академия управления МВД России, 2009.

4. Гуценко К.Ф. О некоторых современных тенденциях эволюции понятия и содержания уголовно-процессуального права и его источников, их значении для теории, практики и преподавания уголовного судопроизводства//: мат-лы науч.-практ. конф. М.: Городец, 2006

5. Кальницкий В.В. Правовая позиция Конституционного Суда РФ как основа реформирования УПК РФ / Мат-лы межвуз. научн.-практ. конф. Омск: Омская академия МВД России, 2006.



6. Курс уголовного судопроизводства: учебник в 3 т. / под ред. В.А. Михайлова. Т. 1. М., МПСИ, 2006.
7. Ларионов В. Н. Источники уголовно-процессуального права и роль судебных решений в регулировании уголовно-процессуальных отношений: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006.
8. Мещерякова А.В. Проблема эффективности законодательства/ Общество: политика, экономика, право. Вып. № 10, 2018, с. 69-72.
9. О Конституционном Суде Российской Федерации: федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ // Рос. Газета. 1994. 23 июля.
10. Ткачев И.В. Досудебное производство в России: правовое регулирование и правоприменительная практика. М.: Российская криминологическая ассоциация, 2008.