

Levchenko O.V., Mishchenko E.V.

FORMATION OF JUDICIAL DISCRETION UNDER THE RULES OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Levchenko O.V., Russian Federation, Federal State Educational Institution of Higher Education «Orenburg State University», Doctor of Jurisprudence, Professor

Mishchenko E.V., Russian Federation, Federal State Educational Institution of Higher Education «Orenburg State University», Doctor of Jurisprudence, Assistant Professor

Abstract

The article analyzes the norms of the Criminal Procedure Law of the Russian Federation as the basis for the formation of judicial discretion in the criminal case. The formulation of the law norms must be constructed by the legislator so that its meaning has been sufficiently defined, and the presentation is fully reflected what must be expressed in it. However, there are norms which rule the legislator decision by expressing them in the form of dispositive. The differences between alternative and optional norm shows with the help of the specific legal provisions examples. Judicial discretion arising on the basis of evaluation concepts appears in the application of standards, containing the phrase «legality, validity, fairness», «good reasons», «severe punishment», «difficult financial situation» etc. The domestic legislation of the modern period is characterized by the presence of gaps in the legal regulation. In the analysis of certain decisions taken by the judge in the criminal proceedings as a result of discretion, you can set the time of the judge mistake which influenced the imposition of unreasonable and unlawful final decision. This applies particularly to the use of the court (judge) the norms of the law, which he has applied by judicial discretion.

Keywords: Criminal Procedure Law, the court's discretion, criminal procedure, analogy of law, analogy of enactment.

Уголовно-процессуальный закон, регулирующий судебное производство, направлен, в первую очередь, на то, чтобы разбирательство в суде имело единообразный характер, а принятые судом решения опирались на нормы, предусмотренные законодательством.

В силу особенностей предмета правового регулирования большинство уголовно-процессуальных норм относятся к обязывающим, императивным, предписывающим совершение определенных действий (например, ст. ст. 21, 148, ч. 2 ст. 381 УПК РФ и др.). Вместе с тем среди норм, адресованных государственным органам и должностным лицам, ведущим уголовный процесс, есть и такие, которые предоставляют им выбор того или иного способа действия в зависимости от ряда конкретных условий данного дела (например, ст. ст. 97, 98, 99 УПК РФ). Если решение принимает суд, то речь идет о нормах, содержащих в себе основание возникновения судебного усмотрения или предпосылки его возникновения. При этом важно, чтобы такое усмотрение не превратилось в судебный произвол, а осуществлялось в рамках, определенных законом.

Исследования, посвященные вопросам формирования судебного усмотрения на основании норм уголовно-процессуального права и выработанные на их основе рекомендации, позволят законодателю более определенно выразить свою волю и устранить пробелы в нормативных предписаниях закона.

Процесс создания уголовно-правовой нормы – это не просто технический акт, и от того, как она изложена, во многом зависит правильное ее применение, а также пределы и содержание оценочной деятельности правоприменителя на практике. В этой связи приобретает огромное значение язык закона, представляющий собой совокупность законодательных средств, используемых для изложения правовых норм.

Формулирование нормы закона должно строиться законодателем так, чтобы его смысл был в достаточной степени определен, а форма изложения полностью отражала то, что должно быть в нем выражено. Не менее важным является определенность воли законодателя, отраженная в нормативном установлении. При отсутствии приведенных условий возникает проблема несовпадения акта толкования уголовно-правовых норм. В правоприменительной практике это ведет к принятию различных решений, основанных на избранных по своему усмотрению актах толкования.

Еще в 1928 году М.М. Гродзинский отмечал, что чем лучше изложен закон технически, тем меньше осложнений при его применении и, следовательно, меньше сил и энергии затрачивается на различного рода толкования, разъяснения и указания, вызванные неясностью, неточностью, неполнотой и иными дефектами закона [1].

Кроме того, как считают современные исследователи, ясность нормативного акта способствует правильному и полному выяснению содержащейся в нем информации, обеспечивает эффективность действия правовых предписаний [2].

Вид и сложность правовой нормы влияют на применение пределов выбора при осуществлении усмотрения. Нормы императивного

характера являются категорическими – не содержат возможности выбора, отступление от правил, установленных данной нормой не допускается. Императивное правовое (абсолютно-определенное) регулирование правоотношений характеризуется тем, что все права и обязанности в нормативном порядке урегулированы полностью. Из сказанного следует, что если «нет выбора – нет усмотрения».

Например, установления ч. 1 ст. 238 УПК РФ устанавливают исчерпывающий перечень оснований приостановления производства по уголовному делу. Расширительное толкование указанного перечня не допускается, следовательно, отсутствует возможность судебного усмотрения при решении вопроса о приостановлении производства по уголовному делу.

В том случае, если конкретное правоотношение подпадает под действие не императивных, а диспозитивных норм, то в соответствии с материальным правом сторонам дается возможность самим определить объем взаимных прав и обязанностей. Если же в процессе осуществления правоотношения между сторонами возникает спор относительно объема прав и обязанностей, суд разрешает заявленные требования путем толкования и применения диспозитивных правовых норм, содержащих категорию выбора, что предполагает осуществление усмотрения.

Альтернативная норма содержит перечень условий, в рамках которых проявляется усмотрение суда. Примером может служить ст. 227 УПК РФ, раскрывающая полномочия судьи по поступившему уголовному делу. Судья может принять одно из следующих решений: о направлении дела по подсудности; о назначении судебного заседания; о назначении предварительного слушания. Таким образом, судья на основе судебного усмотрения, нормативно регламентируя (обосновывая) свой выбор может принять одну из альтернатив, предусмотренных указанной статьей УПК РФ.

В факультативных юридических нормах наряду с основным императивным правилом, закрепляется дополнительный вариант действий суда. Данная правоприменительная деятельность сходна с применением альтернативных норм, так как в обоих случаях суд на основе усмотрения избирает одно из узаконенных правил и включает его в действие с целью разрешения правовой задачи в рамках уголовного судопроизводства. Различиями между альтернативной и факультативной нормой состоит в том, что первая содержит два или несколько равнозначных варианта решения, в одинаковых условиях может быть применен любой из них, вторая же норма может быть применена только путем замены основной нормы дополнительной, являясь своего рода отступлением от общего правила.

УПК РФ в ч. 4 ст. 390 во взаимосвязи со ст. 392 содержат предписание о том, что по истечении трехдневного срока после

вступления приговора в законную силу он подлежит обязательному исполнению, с возложением ответственности на лиц, препятствующих его исполнению.

Дополнительной к данной норме являются нормативные установления статьи 398 УПК РФ, где перечислены основания отсрочки исполнения приговора. Приговор хоть и подлежит обязательному исполнению, но при наличии обоснованного ходатайства осужденного, приговор может по усмотрению суда отсрочен.

Судебное усмотрение, возникающее на основе оценочных понятий, возникает при применении норм, содержащих формулировки «законность, обоснованность, справедливость», «уважительные причины», «суровое наказание», «трудное материальное положение» и т.д.

Применение или неприменение закона в конкретном уголовном деле сводится к правильной оценке судом возможности отнесения обстоятельств дела под общий признак, указанный в законе. В УПК РФ, содержатся такие оценочные понятия как «уважительные и неуважительные причины», «незамедлительно», «менее суровое наказание» и т.п. Каждое из указанных понятий в процессе рассмотрения уголовного дела неоднократно оцениваются судом, проходят через призму судейского сознания.

Так, статья 356 УПК РФ – сроки обжалования приговоров, устанавливает, что жалоба и представление на приговор или иное решение суда первой инстанции могут быть поданы сторонами в апелляционном или кассационном порядке в течение 10 суток со дня провозглашения приговора, а осужденным, содержащимся под стражей, – в тот же срок со дня вручения ему копии приговора. Жалоба или представление, поданные с пропуском срока, оставляются без рассмотрения.

В то же время имеют место случаи, когда срок для обжалования необходимо восстановить, поскольку его пропуск был обусловлен уважительными причинами. Порядок восстановления срока на обжалование установлен ст. 357 УПК РФ, данное ходатайство должно быть обращено в суд, постановивший приговор или вынесшим иное обжалуемое решение. Ходатайство о восстановлении срока рассматривается в судебном заседании судьей, председательствовавшим в судебном разбирательстве уголовного дела.

Хотя термин «уважительные причины» и является оценочным, но его оценка на основе усмотрения суда всегда носит достаточно однозначный характер. Безусловно, признание тех или иных в качестве уважительных строится на основе судейского опыта, как в сфере судопроизводства, так и жизненного. Указанная причина должна быть проверена на предмет ее правдоподобности, сопоставления различных фактов, в том числе вероятности ее наличия. Аналогичный мыслительный процесс происходит при оценке иных оценочных понятий.

Н.А. Рассахатская применительно к гражданским правоотношениям полагает, что любой законодательный акт должен отличаться четкостью терминологии. Использование оценочных категорий таких как «разумные пределы», «достаточный срок», не способствует эффективной реализации судебного механизма защиты прав [3].

Примером использования оценочных категории является положение, закрепленное законодателем в части первой ст. 359 УПК РФ: «Суд, рассматривающий уголовное дело в апелляционном или кассационном порядке, проверяет законность, обоснованность и справедливость приговора или иного судебного решения. Используемая в данной норме формулировка «справедливого решения», безусловно, является оценочной категорией, поскольку законодательно не установлены объективные критерии, позволяющие установить факт вынесения судом «несправедливого» решения. Частично обоснование того, что является справедливым решением дано в статье 297 УПК РФ: «Приговор признается законным, обоснованным и справедливым, если он постановлен в соответствии с требованиями настоящего Кодекса и основан на правильном применении уголовного закона». Таким образом, законодатель свел понятие «справедливости» к законности. Указанная выше формулировка в полной мере отражает именно соблюдение судьей законности, но никак не отражает справедливость, как некую морально-этическую составляющую решения.

При применении оценочных понятий в норме, содержащей судебное усмотрение, может быть использован, так называемый комбинированный способ [4], который представляет собой законодательную технику, при которой норма вместе с оценочным термином содержит управомачивающие конструкции. Например, ч. 6 ст. 132 УПК РФ устанавливает, что суд вправе освободить осужденного полностью или частично от уплаты процессуальных издержек, если это может существенно отразиться на материальном положении лиц, которые находятся на иждивении осужденного.

Анализируя данное положение, можно сделать вывод о том, что для освобождения осужденного от взыскания процессуальных издержек требуется соблюдение следующих условий: 1) наличие у осужденного иждивенцев; 2) установление факта того, что в случаи взыскания с осужденного процессуальных издержек это существенно отразится на материальном положении лиц, находящихся у него на иждивении; 3) иные (установленные судом) обстоятельства, которые позволяют суду реализовать управомачивающее положение приведенной нормы.

Рассмотрим еще один пример применения судебного усмотрения на основе такого оценочного понятия, как трудное материальное положение. Достаточно сложно определить, в каком материальном

положении находится осужденный, является ли оно для него затруднительным. В данном случае оценивается множество факторов таких, как его семейное положение, нахождение кого-либо на иждивении осужденного, его доход до осуждения, возможность получения дохода после осуждения, совокупный доход семьи и т.д.

Задача суда в приведенных случаях усложняется. При реализации таких норм недостаточно установить фактические обстоятельства дела, а нужно дать им юридическую оценку с точки зрения целей, преследуемых в конкретном случае законодателем.

По мнению А.С. Емузова «судейское усмотрение может быть «плановым» в тех случаях, когда законодателем специально создается определенное пространство, в рамках которого правоприменитель может действовать самостоятельно с учетом обстоятельств дела и иных факторов, а может быть и «стихийным», вынужденным, когда законодателем допущены недоработки в формулировании правовых норм, пробелы» [5]. В случаях пробела в праве допускается применение аналогий.

Аналогия закона и аналогия права чаще всего авторами относятся к формам судебного усмотрения. Не выступая с критикой приведенной позиции, стоит указать, аналогия закона применяется судом непосредственно в ходе принятия того или иного решения, легитимизации неурегулированных правом отношений, посредством применения правовой нормы, регулирующей сходные отношения. Следовательно, аналогия скорее относится к элементам содержания, чем к форме. В то же время выделение аналогии права и закона в качестве существенного элемента судебного усмотрения не вполне оправдано [6].

Исследования аналогии права и закона в области усмотрения суда, достаточно подробно освещены в трудах К.И. Комиссарова и Д.Б. Абушенко. К.И. Комиссаров относит применение аналогии права и аналогии закона к основной форме судебного усмотрения. В данном случае суд, по мнению автора, по собственному усмотрению констатирует правовой характер общественного отношения (несмотря на то, что само отношение прямо конкретным законом не регулируется) и применяет наиболее близкие по смыслу нормы права либо разрешает спор в соответствии с основными началами права. Таким образом, аналогия есть аномальная форма применения права по судебному усмотрению, причем суть судебного усмотрения, обусловливаемого пробелами в праве, заключается не в устранении этих пробелов, не в корректировании, не в совершенствовании законодательства, а в некотором расширении сферы действия законов, в расширении области правового регулирования» [7].

Д.Б. Абушенко критикует позицию К.И. Комиссарова, выделявшего и аналогию закона, и аналогию права в качестве самостоятельной формы судебного усмотрения. Расширение сферы

действия законов процесс по сути не более творческий, чем распространительное толкование, которое (равно как и все иные способы толкования) к судебному усмотрению не относятся [8]. Также автор проводит разграничения между аналогией закона и аналогией права. Под аналогией закона понимается деятельность правоприменителя состоящая в отыскании уже существующего правила, а аналогия права предполагает при разрешении конкретного казуса учитывать целый комплекс принципов и требований, создавая новое правило. Иначе говоря, если при аналогии закона суду при уже существующей диспозиции допускается расширить перечень обстоятельств, включаемых в гипотезу нормы, то при аналогии права суд создает не только гипотезу, но и саму диспозицию [9].

Уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации не содержит ни запрета, ни предписания об использовании аналогии в области уголовно-процессуального права. Аналогия в уголовном процессе явление неискоренимое, которое может конечно признаваться отрицательным, но объективно существует и необходимость в нем не отпадет. Детальная регламентация всех процессуальных действий приведет к тому, что закон станет излишне объемным, потеряет свою функциональность и динамичность.

Отечественное законодательство современного периода характеризуется наличием пробелов в правом регулировании. Вновь принятые законы не в полной мере способны оказать адекватное влияние сложившимся отношениям. Отмена прежнего законодательства не всегда подготовлена изданием новых законов.

В связи с этим в судебной практике возникают сложности с определением нормы, необходимой для рассмотрения конкретного спора. В данных ситуациях при разрешении дела судьям помогает осуществление усмотрения при применении аналогии закона или права.

Б.Т. Безлепкин характеризуя УПК РФ указывает, что данный нормативный акт «не представляет собой всеобъемлющего акта, который отличался бы логической завершенностью, в котором достаточно полно охватывались бы все сферы деятельности уголовного судопроизводства [10].

В настоящее время, конечно, многие из противоречий ликвидированы путем внесения многочисленных изменений в УПК РФ, тем не менее, он и сейчас содержит в себе внутрисистемные и межсистемные противоречия, а также пробелы, которые могут быть разрешены различными способами.

Согласно ст. 52 Конституции РФ права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом; государство обеспечивает потерпевшим доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба. В соответствии с ч. 8 ст. 42 УПК РФ по уголовным делам о преступлениях, последствием которых явилась

смерть лица, права потерпевшего, предусмотренные настоящей статьей, переходят к одному из близких родственников.

Однако то обстоятельство, что в ч. 8 ст. 42 УПК РФ указывается на возможность перехода прав потерпевшего лишь к одному из его близких родственников, не может рассматриваться как основание для лишения прав всех иных близких родственников, поскольку, как отметил Конституционный Суд РФ в определении от 18 января 2005 г. №131-О «По запросу Волгоградского гарнизонного военного суда о проверке конституционности ч. 8 ст. 42 УПК РФ», предназначение данной нормы состоит не в том, чтобы ограничить число лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве в качестве потерпевших, а в том, чтобы определить круг близких родственников погибшего, которые могут претендовать на участие в производстве по уголовному делу в этом процессуальном качестве. Таким образом, указанная норма не может истолковываться в правоприменительной практике как не допускающая возможности наделения правами потерпевшего по уголовному делу о преступлении, последствием которого явилась смерть лица, одновременно нескольких его близких родственников.

Решение суда надзорной и кассационной инстанции было отменено, дело направлено на новое кассационное рассмотрение [11].

В указанном примере, исходя из «буквы закона», ч. 8 ст. 42 УПК РФ содержит положения о том, что потерпевшим по делу о преступлении, в результате которого наступила смерть лица, все-таки может быть признан только один его близкий родственник. Но при таком понимании данной нормы противоречит положению ст. 52 Конституции РФ, имеющей большую юридическую силу. Таким образом, решения суда кассационной инстанции, а, следовательно, и его судебное усмотрение соответствовало положению ч. 8 ст. 42 УПК РФ, но в виду противоречивости данной нормы смыслу и назначению уголовного судопроизводства, по усмотрению вышестоящего суда было отменено.

Противоречия в нормах УПК РФ могут носить правотворческий характер. Как правильно указывает Л.А. Морозова «Юридические ошибки, допущенные в процессе правотворчества, ведут не только к ущербности действующих нормативных правовых актов, снижают их качество, вызывают дефекты правового регулирования, но и влекут конфликтность в правоприменительной деятельности, способны снизить эффективность процесса правореализации. Следовательно, необходимо своевременно, активно и наиболее полно выявлять и устранять правотворческие ошибки» [12].

Изложенное позволяет сделать вывод, что уяснение оснований усмотрения судьи позволяет более детально представить процесс и последовательность его формирования. При анализе конкретных решений, принятых судьей в уголовном процессе в результате дискреции, можно

установить момент допущения судьей ошибки, повлиявшей на вынесение необоснованного и незаконного итогового решения, особенно в части использования судом (судьей) нормы закона, которую он применил посредством судебного усмотрения.

References:

- [1] Grodzinskiy M.M. The legislative machinery and the penal code: Herald of Soviet Justice. – 1928. №19-20. – P.558.
- [2] Aniskov I. Law Language/ B. Maltsev, M. Pigolkin. – 1990. – P.18-19.
- [3] Rassahatskaya N.A. Problems of perfection of the Civil Procedure Law. Proceedings of the Second Scientific and Practical Conference «Principles of civil procedure law, their implementation in the project GGZH Russia». – Tver, 2000. – P.59.
- [4] Abushenko D.B. Judicial discretion in civil and arbitration process. – Moscow: Norma, 2002. – P.53.
- [5] Emuzov A.S. The discretion of the judges: legal and moral problems. Russian judge. – 2005. – №6. – P.26.
- [6] Pashkevich P.F. Act and judicial discretion. The Soviet state and the right. – 1982. – №1. – P.58.
- [7] Commissioners K.I. The tasks of judicial review in civil proceedings. – Moscow: Gosyurizdat, 1961. – P.31-32, 34.
- [8] Abushenko D. B. Judicial discretion in civil and arbitration process. – Moscow: Norma, 2002. – P.130.
- [9] Abushenko D. B. Judicial discretion in civil and arbitration process. – Moscow: Norma, 2002. – P.128-129
- [10] Bezlepkin B.T. Criminal procedure law. Commentary on the Code of Criminal Procedure. – Moscow, 2004. – P.2-7.
- [11] Resolution of the Presidium, decisions and definitions judicial boards Supreme Court of the Russian Federation on criminal cases of 17 July 2008, №7// The bulletin of the Supreme Court. – 2008. – №7. – P.22-23.
- [12] Morozova L.A. Law – making errors and procedural means to address. The State and the right. – 2010. – №1. – P.5.