

ГОЛОВКО Л. В.,
*профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора
МГУ им. М. В. Ломоносова,
д.ю.н.*

Аналитическая записка по вопросам совершенствования апелляционного, кассационного и надзорного производства в Республике Казахстан с учетом повышения уровня доступности правосудия и доверия к нему¹

Вопросы, поставленные в связи с разработкой в Республике Казахстан проекта Концепции Уголовно-процессуального кодекса РК, а также проекта Закона РК о внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам совершенствования апелляционного, кассационного и надзорного порядка рассмотрения дел, повышения уровня доверия и обеспечения доступности к правосудию, позволяют сделать вывод о необходимости системного анализа путей оптимизации казахстанской судебной-инстанционной системы, до сих пор испытывающей негативное влияние советско-постсоветских институциональных деформаций. Ответить на эти вопросы изолированно вряд ли представляется возможным, особенно на те вопросы, где идет речь о системе судебных инстанций, обязательной инстанционности прохождения дел, компетенции (подсудности) Верховного суда РК, процессуальной нагрузке на него, сроке кассационного обжалования апелляционных решений, начале исчисления данного срока и даже упрощении процесса и обеспечении доступности к правосудию, по крайней мере, при пересмотре судебных решений в вышестоящих инстанциях. Поэтому здесь мы будем рассматривать их в комплексе. Несколько особняком стоит только вопрос об обязательном опубликовании судебных актов на интернет-ресурсах судов РК, который не имеет процессуального характера и который надо обсуждать отдельно - вне связи с построением судебной-инстанционной системы.

Оптимизация судебной-инстанционной системы и классическая судебной-инстанционная модель

Обязательное прохождение дел во всех судебных инстанциях не только не нарушает и не может нарушать права физических и юридических лиц, но напротив – призвано обеспечивать их право на справедливый суд и на доступность правосудия. Каждая судебная инстанция создается не в абстрактных или бюрократических целях, а для решения соответствующих функциональных задач, что, с одной стороны, позволяет тяжущимся реализовать свое процессуальное право на исправление судебных ошибок (фактических и юридических), а с другой стороны – обеспечивает контроль за правильным и единообразным применением судами правовых норм, в чем заинтересованы уже не только конкретные участники процесса, но общество в целом. Иначе говоря, каждая судебная

¹ Настоящая аналитическая записка подготовлена для Центра исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в ней, могут не отражать официальную позицию Центра ОБСЕ в Астане.

инстанция должна иметь свою собственную автономную функциональную логику, которой обладает только она и не обладают другие судебные инстанции. В противном случае наличие той или иной судебной инстанции просто-напросто теряет смысл и (или) представляет собой ненужное нагромождение бюрократических судебных механизмов, что собственно и произошло в советский и постсоветский периоды.

Восстановление функциональной логики судебно-инстанционной системы на постсоветском пространстве требует четкого уяснения классической континентальной схемы судебных инстанций, которая была сконструирована, главным образом, во Франции в начале XIX века и до сих пор продолжает оставаться «европейским стандартом», *mutatis mutandis* присущим всем развитым европейским континентальным правопорядкам. Ничего более совершенного на «уровне схемы» мировая процессуальная мысль предложить пока не смогла, что, конечно, отнюдь не исключает перманентную оптимизацию данной схемы на «уровне деталей».

Итак, напомним, саму схему. Стороны имеют право на «две инстанции» рассмотрения дела или, что одно и то же, на повторное рассмотрение их спора вышестоящим судом, подразумевающее повторное проведение судебного следствия, то есть имеют *право на апелляцию*. Для осужденных по уголовным делам это право является сегодня *фундаментальным*, будучи гарантировано ч. 5 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах². Для участников уголовного процесса со стороны обвинения и участников гражданского процесса данное «право на вторую инстанцию» фундаментальным не является, но, как правило, гарантировано на национальном законодательном уровне, обеспечивая защиту их процессуальных интересов. После рассмотрения дела в двух инстанциях (первой и апелляционной), одной из которых является суд достаточно высокого (апелляционного) уровня, приговор или иное соответствующее судебное решение становится *окончательным* с точки зрения установления фактических обстоятельств дела.³ Двух инстанций достаточно, чтобы более не спорить «бил или не бил», «проникал или не проникал», «имел намерение или не имел намерения» и т. д. Более споры по фактическим обстоятельствам (на постсоветском пространстве сейчас бесконечные) не допускаются. Именно поэтому судебное следствие и существует только в первой и апелляционной инстанциях. Но после того, как приговор стал окончательным с точки зрения установления фактических обстоятельств дела, он еще *не вступает в законную силу*, поскольку у сторон, есть право обратиться в высший судебный орган страны с претензиями на неправильное применение судами первой и апелляционной инстанции материально-правовых или процессуальных норм, превышение ими компетенции, незаконный состав вынесшего решение суда, то есть у них возникает *право на кассацию*. На реализацию данного права также отводится несколько суток⁴, после истечения которых либо приговор вступает, наконец в законную силу, либо в высший судебный орган страны поступает кассационная жалоба, на которую необходимо дать мотивированный ответ. Если «правовая проблема» мнимая или жалоба не соответствует требованиям закона, то последняя отклоняется как «недопустимая»⁵, как правило, без специального рассмотрения, но с развернутой мотивировкой. Если же поставленная в жалобе проблема серьезна, то высший судебный орган рассматривает ее по существу, не проводя никакого судебного следствия. В такой ситуации кассационное рассмотрение и представляет собой хорошо знакомый всем советско-постсоветским юристам обмен правовыми аргументами, то есть краткую концентрированную дискуссию по важной проблеме толкования права. По итогам

² См. также ст. 2 Протокола № 7 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В тексте Конвенции, размещенном на сайте Европейского суда по правам человека, данная статья так и озаглавлена: «Право на апелляцию по уголовным делам» (<http://www.echr.ru/documents/doc/2440805/2440805.htm>).

³ См., например: Pradel J. Procédure pénale. 15 éd. Paris. Cujas. 2010. P. 793.

⁴ См., например, ст. 568 УПК Франции: по общему правилу, срок для подачи кассационной жалобы составляет здесь 5 суток, хотя при некоторых обстоятельствах он может достигать 10 суток.

⁵ См., например, ст. 605 УПК Франции.

рассмотрения высший суд либо отклоняет жалобу, либо удовлетворяет ее. В последнем случае, не обладая знаниями о фактических обстоятельствах дела (он же не апелляция), кассационный (высший) суд может лишь отменить решение, то есть «сломать» его (отсюда и термин «кассация» от французского глагола *casser*, то есть «разбивать», «ломать»), и направить дело на новое рассмотрение в суд первой или апелляционной инстанции, обладающий уже судебно-следственным инструментарием, необходимым для установления фактических обстоятельств дела.

С помощью данной классической системы решаются несколько серьезных проблем, которые на постсоветском пространстве исторически являются процессуальным «камнем преткновения». *Во-первых*, в силу принципа *единства кассационной инстанции* кассационными полномочиями может быть наделен лишь один судебный орган, находящийся на вершине судебной пирамиды. Иными словами, кассационными полномочиями обладает лишь высший судебный орган страны. Во Франции, Бельгии или Италии он так и называется – Кассационный суд, хотя дело не в названии – российский Правительствующий Сенат был в свое время также единой кассационной инстанцией для всей Империи, как впрочем и нынешний германский федеральный Верховный суд⁶. Важно другое: с помощью института кассации высший суд не только исправляет судебные ошибки, но и обеспечивает *единство судебной практики*. Именно поэтому в Европе нет никаких «Постановлений Пленума». Зачем нужны некие абстрактные инструкции, нередко, скажем откровенно, «высосанные из пальца», если высший суд страны способен реагировать на серьезные правовые проблемы через свое монопольное право на рассмотрение кассационных жалоб? Какой смысл судам первой или апелляционной инстанции не реагировать на кассационные решения высшего суда, если их решения при «непослушании» будут все равно им «разбиты» и «сломаны» в кассационном порядке? К слову, сама идея «постановлений пленума» имеет в той же Франции совсем иной смысл. Если коллегии (допустим, гражданская и уголовная) Кассационного суда начинают расходиться в толковании тех или иных норм, что рискует привести к противоречивым позициям единого Кассационного суда, то им необходимо собраться на совместное (пленарное) заседание и сообща рассмотреть соответствующую конкретную кассационную жалобу, чтобы выработать единую позицию, которая затем станет их общей позицией и ориентиром для судебной практики как по гражданским, так и по уголовным делам.

Во-вторых, при классической инстанционной системе значительно уменьшается роль почти легендарного на постсоветском пространстве протокола судебного заседания в первой инстанции, вокруг которого «сломано столько копий». Все предложения по оптимизации изготовления протокола, которыми нередко изобилуют казахстанские или российские статьи, диссертации и монографии, лишь отражают постсоветские деформации советского происхождения, когда вышестоящий суд оценивает «обоснованность приговора» по письменным материалам дела. При нормальной инстанционной системе апелляция суду вовсе не нужен протокол, так как он вправе самостоятельно заслушать любого необходимого ему свидетеля или иного участника процесса. Отсюда право на апелляцию никак не обусловлено сроками изготовления протокола. Зачем? Пишите жалобу о необоснованности приговора, вызывайте свидетеля в апелляционный суд, задавайте ему вопросы непосредственно в апелляционном заседании и т. д. Что касается кассационной инстанции, то, как уже отмечалось, ее вовсе не интересуют фактические обстоятельства дела. Ей-то протокол зачем? Вполне достаточно мотивированного судебного решения. Единственная ситуация, когда высший судебный орган страны может заинтересоваться протоколом судебного заседания – это ссылка в кассационной жалобе на существенные нарушения процессуального закона, допущенные в первой или апелляционной инстанциях. Но это достаточно частный случай. Даже если он иногда возникает, то при любых обстоятельствах при правильном построении апелляции и кассации роль пресловутого «протокола» уменьшается в несколько раз. Стоит ли говорить о том, что в ответ на

⁶ В Германии кассация исторически именуется «ревизией», что не меняет сути дела.

постсоветскую процессуальную озабоченность «проблемой протокола» западные коллеги лишь с недоумением пожмут плечами?

В-третьих, принцип единства кассационной инстанции и наличие права на кассационную жалобу до вступления приговора в законную силу приводят к тому, что в «нормальных» процессуальных системах нельзя обратиться в международные наднациональные судебные или квазисудебные органы, допустим, в Комитет по правам человека ООН, минуя высший судебный орган страны. В то же время в постсоветских правовых системах это происходит достаточно часто, что связано с очевидными пороками институционального строительства и не имеет никакого отношения к «злой воле» международных инстанций. Если та или иная процессуальная система провозглашает, что судебные решения вступают в законную силу сразу после апелляции и отвергает тем самым «обязательную инстанционность прохождения дел» через всю судебную пирамиду, то любые способы пересмотра дела высшими инстанциями страны перестают рассматривать на международно-правовом уровне в качестве *эффективных*. В такой ситуации в международно-правовые судебные органы можно обращаться сразу после прохождения дела, допустим, в областном звене, в силу чего Верховный суд перестает быть естественным «фильтром», отделяющим национальный уровень от международного. Еще раз повторим: в классических системах после апелляции лицу до вступления приговора в законную силу дается право на кассацию, то есть право обратиться в единую кассационную инстанцию – высший национальный судебный орган. Если последний отказывается исправить судебную ошибку, то тогда только и открывается дорога из Парижа, Брюсселя или Карлсруэ (высший национальный уровень) в Женеву или Страсбург (международный уровень). Иначе говоря, при таком подходе международные инстанции принимают дело к производству только после того, как лицо использовало свое право на обращение в высший национальный судебный орган соответствующей страны. Но на постсоветском пространстве эту классическую процессуальную логику категорически не хотят понимать, чем волей-неволей маргинализируют собственные Верховные суды.

Советские и постсоветские деформации классической судебно-инстанционной модели

В период с 1864 по 1917 гг. Российская империя в результате Судебной реформы Александра II смогла, как известно, создать на своей территории или по крайней мере на большей ее части классическую судебно-инстанционную модель с первой инстанцией (окружные суды), апелляционной инстанцией (судебные палаты) и единственной на всю страну кассационной инстанцией (Правительствующий Сенат в Санкт-Петербурге). Данная модель не только оказалась вполне эффективной, но и предопределила появление и сохранение на будущем советско-постсоветском пространстве таких понятий как «апелляция» и «кассация». В этом смысле при современной нормализации судебно-инстанционной системы любые ссылки на «менталитет», «исторический опыт» или «территорию» как на некие объективные препятствия на пути к построению в постсоветских странах классической инстанционной модели не только контрпродуктивны, но и просто-напросто некорректны, поскольку исторический опыт доказывает как раз обратное – принципиальную возможность существования здесь данной модели и ее благотворное влияние на правовое развитие.

Слом классической судебно-инстанционной системы на территории бывшей Российской империи произошел в первые дни советской власти в результате чрезвычайных событий, от последствий которых большинство постсоветских стран не может избавиться до сих пор. Речь идет о принятии Декретов СНК «О суде» от 24 ноября 1917 г. и ВЦИК «О суде» № 2 от 7 марта 1918 г. Эти акты провозгласили, что «обжалование в апелляционном порядке отменяется и допускается только кассация решений».⁷ В результате был утрачен не только

⁷ См.: ст. 4 Декрета о суде № 2 (Судебная власть в России. История. Документы. Том V. Советское государство / отв. ред. тома Р. С. Мулукаев, А. Я. Малыгин. М. Мысль. 2003. С. 56).

институт апелляции, но и воплощенная в нем идея «права на две полноценных инстанции рассмотрения дела» с двумя судебными следствиями, повторным доказыванием в апелляционной инстанции и т. д. При этом сами большевики прекрасно отдавали себе отчет в том, что кассация не является второй инстанцией, в силу чего возможность «просьбы о кассации» не дезавуирует фундаментального постулата, согласно которому «приговоры и решения местных судов *окончательны и обжалованию не подлежат* (курсив наш – Л. Г.)».⁸ Иначе говоря, речь шла по сути об одноинстанционной процессуальной логике, которую можно было объяснить разве что особыми историческими условиями периода Гражданской войны и военного коммунизма.

Впрочем, само советское право не могло долго терпеть большевистской жесткости, в силу чего, как известно, до неузнаваемости видоизменило кассацию, превратив ее в квази-апелляцию (вторую инстанцию), где обсуждаются не только правовые дефекты судебных решений, но и адекватность установления фактических обстоятельств дела (так называемая «обоснованность решений»). В результате, возникла так называемая «советская кассация», прекрасно знакомая всем постсоветским юристам в качестве хрестоматийной «второй инстанции». Само по себе превращение кассации в апелляцию драмой не является, вызывая возражения лишь с точки зрения терминологической чистоты, что в общем-то второстепенно. Сторонники советской модели, как правило, и исходят из того, что такой тип кассации не только привычен, но и вполне обеспечивает двухинстанционное развитие процесса. Но так ли это? Проблема в том, что «советская кассация», оторвавшись от классической кассации, так и не превратилась в классическую апелляцию, «зависнув» где-то на пол-пути между ними. С одной стороны, советская кассация допускала обжалование судебных решений не только по правовым, но и по любым другим, в том числе фактическим, основаниям, не говоря уже о том, что ни о каком принципе «единства кассационной инстанции» речь более не шла (кассационными инстанциями стали все суды областного звена, Верховные суды и т. д.). С другой стороны, от классической кассации в советской кассации осталось отсутствие судебного следствия, доказывания и т. д., то есть процедура рассмотрения дела отнюдь не являлась его *повторным* рассмотрением по правилам первой инстанции. Здесь-то и кроется основное противоречие. Как можно оценивать фактические обстоятельства дела, не имея в руках судебно-следственного инструментария? Полный процессуальный *nonsens*. В результате, советская система получила, по сути, письменный судебный процесс во главе с его величеством «протоколом судебного заседания», пародию на вторую инстанцию, где в течение отведенного получаса кассационная инстанция оценивает обоснованность судебного решения, нередко принятого по итогам многомесячного судебного следствия, и прочие хорошо знакомые практикам «прелести» советско-постсоветской модели.

Но со «сползанием» кассации вниз - на уровень второй инстанции, освободившийся после исчезновения классической апелляции, институциональная пустота образовалась уже наверху судебно-инстанционной системы. Эту пустоту также следовало заполнить, что и было сделано путем создания специфически советского механизма пересмотра судебных решений – так называемого «надзора». При этом специфика проявилась в том, что надзор не стал советским вариантом классической кассации, поскольку создавался исходя не из процессуальной, а из сугубо бюрократической логики, когда каждый вышестоящий суд должен был осуществлять «надзор» за деятельностью нижестоящих судов, причем нередко – помимо воли сторон.

Здесь возникла еще одна, пока так и не преодоленная, *проблема*: наделение вышестоящего суда правом оценивать обоснованность судебных решений при отсутствии права на проведение повторного судебного следствия (советская кассация) и обязанность каждого вышестоящего суда «надзирать» за деятельностью нижестоящих судов во всем ее объеме (советский надзор) полностью разорвали процессуальную логику, сообразно с которой

⁸ П. 2 Декрета о суде № 1 (Сборник материалов по истории социалистического уголовного законодательства (1917 – 1937). М. НКЮ СССР. 1938. С. 26).

судебно-следственный инструментарий есть неотъемлемый атрибут любой судебной оценки фактических обстоятельств дела, и деформировало теорию дифференциации оснований обжалования судебных решений. Каждая очередная судебная инстанция оказалась вправе оценивать «законность, обоснованность и справедливость» приговора, независимо от того, идет ли речь об апелляции, кассации или надзоре. В результате вопросы фактических обстоятельств дела стали обсуждаться не в «двух судебных инстанциях», а в едва ли не бесконечном количестве кассационных и надзорных инстанций, не обладающих к тому же никакими полномочиями по непосредственному исследованию доказательств. В итоге, советская модель, унаследованная постсоветскими государствами, снова привела всех нас к трясине «дореформенного российского уголовного процесса» образца первой половины XIX века с его бесконечным количеством судебных инстанций и звеньев, растеряв в этом смысле почти все инстанционные достижения Судебной реформы 1864 г.

Что изменилось в постсоветскую эпоху? Предприняли ли постсоветские государства попытку оптимизировать свои судебно-инстанционные системы и хотя бы отчасти приблизиться к ранее утраченным классическим образцам? Да, определенные усилия в этом направлении нельзя не заметить, но эти усилия, во-первых, сопровождаются очень большим числом институциональных теоретических ошибок, связанных с исчезновением почти за столетие так называемой «институциональной памяти», а во-вторых – характеризуются стремлением к неоправданным компромиссам⁹, приводящим к элементарной процессуальной эклектике, если не сказать – хаосу.

Основные усилия по судебно-инстанционной нормализации до настоящего времени направлены в постсоветских государствах на воссоздание классической «второй инстанции» в виде апелляции (включая реставрацию утерянного в советский период термина). Но при этом появление в России, Казахстане, Украине и др. апелляции, которую *mutatis mutandis* можно считать классической, не сопровождалось общей нормализацией судебно-инстанционной системы – новую апелляцию как будто попытались «втиснуть» в старые советские институциональные рамки, отчего система стала еще более громоздкой, эклектичной и неуклюжей. Так, в России новый УПК РФ, вступивший силу с 1 июля 2002 г., предусмотрел классическую апелляцию только по делам, подсудным мировым судьям, сохранив фактически в неизменном виде советскую кассацию и лишь немного модифицировав советский надзор¹⁰. В результате, по самым несложным делам, рассматриваемым мировыми судьями, сложилась четырехзвенная модель (первая инстанция, апелляция, кассация и надзор), а по остальным делам функции второй инстанции по-прежнему выполняет советская кассация, не знающая полноценного судебного следствия, после которой следует советский надзор, имеющий мало общего с классической кассацией континентального типа. В Казахстане апелляция оказалась восстановлена по большей части уголовных дел, но предстала в виде странного смешения советской кассации (институт «дополнительных материалов») с классической апелляцией (возможность проведения повторного судебного следствия)¹¹, то есть ее все-таки сложно назвать полноценной реализацией *права* сторон на повторное рассмотрение их дел по второй инстанции. Кроме того, появление апелляции здесь также не привело к должной трансформации кассации и окончательному решению судьбы легендарного «надзора», как того, казалось бы, требовала процессуальная логика. Они продолжили дублировать друг

⁹ Впрочем, мы не можем исключать, что «оправдание» этим компромиссам лежит во вполне рациональной плоскости – стремлении сохранить бюрократический судебный надзор советского типа и нежелании обеспечить подлинную независимость судей, которая возможна лишь при наличии «процессуальной составляющей», то есть адекватной процессуальной системы, обладающей безупречной функциональной логикой.

¹⁰ Отказ от института «протеста в порядке надзора», приносимого высшими должностными лицами суда и прокуратуры, и процессуализация так называемых «надзорных жалоб» сторон, является, конечно, важным шагом. Но в остальном советская система осталась в неизменном виде с ее множественностью надзорных инстанций, возможностью пересмотра уголовных дел в надзорном порядке по *любым* (в том числе фактическим) основаниям и т. д.

¹¹ См., например, ст. 409 УПК Казахстана.

друга в виде странного четырехзвенного наслоения элементов классической апелляции и советских конструкций, создававшихся именно по причине отказа от апелляции, хотя совершенно очевидно, что восстановление апелляции не оставляет им больше места в процессуальной системе, по крайней мере, того места, которое они занимали ранее. Даже в Украине, где законодатель, вняв требованиям европейских рекомендаций, восстановил подобие классической апелляции по всем делам и одновременно отказался от советского «надзора» инстанционная система каким-то немислимым образом осталась... четырехзвенной – в виде первой инстанции, апелляции и **двух** (sic!) кассаций, одна из которых имеет место на уровне так называемых высших специализированных судов, стоящих над апелляционными судами, а другая – на уровне Верховного суда Украины. Проблема не только разграничения компетенции между двумя кассационными инстанциями, но самого смысла их существования так, видимо, и осталась загадкой для украинских специалистов, которые почти сразу после проведения реформы вновь заговорили о возвращении Верховному суду... надзорной функции¹², казалось бы, навеки отвергнутой в качестве «советского наследия». Но на фоне двух кассаций сохранение «надзора», действительно, является верхом процессуальной логики. В целом, решение в постсоветских странах важнейшей задачи построения современной судебной инстанционной системы оказалось сопряжено с массой грубых институциональных ошибок, в конечном итоге не позволивших эту задачу решить.

Но еще более тревожит то, что вместо преодоления институциональных ошибок постсоветский законодатель только усугубляет их, реализуя или предполагая реализовать очередные неадекватные шаги. Речь, в частности, идет о крупной реформе российской судебной инстанционной системы, связанной с принятием Закона о внесении изменений в ГПК РФ и УПК РФ, которая в части гражданского судопроизводства вступила в силу с 1 января 2012 г., а в части уголовного судопроизводства вступит в силу с 1 января 2013 г., а также о соответствующих положениях проекта Концепции нового УПК Казахстана.

Навеянная российская реформа, с одной стороны, направлена на восстановление классической апелляции по всем без исключения уголовным делам, а не только делам, подсудным мировым судьям (как сейчас). Само по себе это, конечно, правильное решение, которое должно наконец-таки обеспечить реализацию «принципа двух инстанций», то есть права сторон на повторный пересмотр дела с проведением повторного судебного следствия по второй инстанции. Но при более пристальном анализе нового российского закона выясняется, что законодатель опирался отнюдь не на классическую апелляцию, предполагающую обязательное появление специального (апелляционного) звена судебной системы, а взял за основу все ту же советскую кассацию, переименовал ее, снабдил элементами судебного следствия и... счел судебную инстанционную модернизацию завершенной. С кассацией и надзором он поступил еще проще: две из нынешних надзорных инстанции (президиумы судов уровня областного звена и судебные коллегии Верховного суда РФ) переименовал в кассационные инстанции, а одну из надзорных инстанций (Президиум Верховного суда РФ) трогать не стал, сохранив тем самым привычный ему «надзор» не только *de facto*, но и *de jure*. В результате инстанционная система, которой по уголовным делам предстоит начать действовать в России с 1 января 2013 года, не только не улучшилась, но скорее... ухудшилась, о чем говорят многие российские специалисты.

С одной стороны, она сохранила почти все свои нынешние пороки, от которых нельзя избавиться простым переименованием, «перекрасив» кассационную инстанцию в апелляционную, а две надзорные – в кассационную. С другой стороны, возникли новые проблемы, которые не были известны даже советскому праву. Как Верховный суд РФ, чья кассационная коллегия становится теперь апелляционной, будет действовать в качестве апелляционной инстанции? Как он будет проводить судебное следствие, собирая участников процесса, включая свидетелей, со всей огромной по территории страны? Зачем

¹² См., например: *Евсеев О. П., Бруслик О. Ю.* Новый закон про судоустрій: проблеми теорії й позитивної практики // Проблеми законності. Вип. 112. Харків. 2010. С. 37 и далее.

нужен институт «дополнительных материалов», если у нас теперь имеет место полноценное доказывание во второй инстанции? Почему апелляция инстанция сохранила право отменять приговор и направлять дело на рассмотрение в первую инстанцию, если она сама обладает должным судебным-следственным инструментарием? На эти вопросы ответить невозможно, по крайней мере, если исходить из теории классической апелляции и не предполагать, что законодатель прекрасно понимает нереальность проведения полноценного апелляционного рассмотрения дел в том же Верховном суде РФ и оставляет последнему процессуальные возможности для легального уклонения от проведения полноценного повторного судебного следствия.

Но наиболее грубая ошибка российской реформы заключается в переводе кассации в разряд способа пересмотра судебных решений, *вступивших в законную силу*. Законодатель вновь не понял разницы между **окончательными** судебными решениями с точки зрения установления фактических обстоятельств дела и **вступившими в законную силу** судебными решениями, не только не приблизив российскую судебную-инстанционную систему к классическим образцам, но напротив – еще больше отдалив её от них. Оценивать практические последствия такого решения пока еще сложно, учитывая сроки введения нового Закона в действие, однако уже сейчас ясно, что если законодатель не успеет скорректировать данный подход, то в России исчезнут не только последние «обломки» классической кассации, но и надежды на быструю нормализацию судебной-инстанционной системы.¹³

Печально, что, судя по всему, казахстанский законодатель намеревается повторить российские институциональные ошибки. Так, согласно проекту Концепции нового УПК Казахстана предполагается выделение двух судебных инстанций: а) апелляционной - по пересмотру решений и приговоров, не вступивших в законную силу; б) кассационной - по пересмотру вступивших в законную силу судебных актов. При этом «состоявшиеся решения районных (городских) судов и апелляционные постановления могут быть обжалованы в кассационную инстанцию областного суда в течение шести месяцев со дня их вступления в законную силу», то есть со дня их оглашения. Сохранится и знаменитый «надзор» - на уровне Верховного суда РК. Все это крайне неудачные нововведения, которые отнюдь не приблизят казахстанскую судебную-инстанционную систему к лучшим мировым образцам. Ни четырехзвенная инстанционная система (первая инстанция, апелляция, кассация и надзор), ни вступление решения в законную силу немедленно после слушания дела в апелляционной инстанции, ни отнесение кассации к способам пересмотра вступивших в законную силу судебных решений **не соответствуют** теоретическим стандартам современных судебной-инстанционных систем советского типа. Поэтому прежде чем обсуждать разного рода детали и нюансы необходимо наконец-то прийти к иному *концептуальному* видению будущей казахстанской системы судебных инстанций, если, конечно, исходить из желания двигаться вперед, а не топтаться на месте.

Концептуальный эскиз судебной-инстанционной системы

Судебная система должна являться трехзвенной, что предполагает наличие 3 судостроительных звеньев: а) судов первой инстанции (районных и др. судов); б) судов второй инстанции (областных и др. судов); в) Верховного суда РК.

Каждое звено судебной системы должно выступать в качестве только одной судебной-процессуальной инстанции – соединение в одном звене нескольких судебных инстанций не должно допускаться ни при каких условиях (даже в виде исключения).

¹³ См. подробнее: Головкин Л. В. Новеллы УПК РФ: прогресс или институциональный хаос? // Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / под общей ред. Н. А. Колоколова. М. 2011. С. 42 – 57.

Рассмотрение гражданских и уголовных дел по первой инстанции (включая рассмотрение дел с участием присяжных заседателей) должно быть сосредоточено в районных и др. судах.

Областные и др. суды становятся второй (апелляционной) инстанцией. Их задача сводится к реализации права на повторный пересмотр дела вышестоящим судом, в том числе с точки зрения ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. Речь идет о классическом институте апелляции, который предполагает право обращаться в вышестоящий суд по любым (правовым и фактическим) основаниям и требовать повторного слушания дела, что автоматически означает отмену приговора суда первой инстанции и новое рассмотрение дела апелляционным судом с проведением повторного судебного следствия. Данное право (право на апелляцию) может быть ограничено только в отдельных случаях по мелким гражданским спорам, например, когда сумма иска не превышает определенной незначительной денежной суммы (тогда достаточно одной инстанции), но ограничение в любом случае не может касаться уголовных дел, то есть дел о любых преступлениях, предусмотренных УК РК. Повторное следствие не обязательно требует повторного исследования всех доказательств (здесь нет жесткого принципа непосредственности исследования доказательств), а лишь тех, на которые укажут стороны, или тех, в приобщении которых им отказал суд первой инстанции.¹⁴ В этом плане адекватное процессуальное регулирование института апелляции, сопряженное с тем, что соответствующее звено судебной системы осуществляет исключительно апелляционные полномочия, не будучи загружено никакими иными судебными функциями, не только позволяет обеспечить фундаментальное процессуальное право сторон на «вторую инстанцию», но и отнюдь не приводит к коллапсу судебной системы, чрезмерной перегруженности апелляционных судов и т. д.

После рассмотрения дела в апелляционном порядке (по второй инстанции) решение суда становится окончательным (с точки зрения установления фактических обстоятельств), но не вступает в законную силу. У сторон возникает право обратиться в определенный срок (5 дней, 10 дней, 14 дней и т. д.)¹⁵ в Верховный суд РК в порядке классической кассации¹⁶, то

¹⁴ Скажем, во Франции – стране классической континентальной апелляции – вопрос о круге свидетелей, подлежащих непосредственному допросу в суде апелляционной инстанции, решается посредством двух процессуальных аксиом: а) суд апелляционной инстанции всегда вправе заслушать новых свидетелей, если считает это необходимым, хотя если стороны не заявляли ходатайство об их вызове в первой инстанции, то обязанности заслушивать данных свидетелей у апелляционного суда нет, кроме одного случая – если речь идет о свидетелях обвинения, которые ни на одной предыдущей процессуальной стадии (независимо от причин) непосредственно не представляли перед защитой; б) апелляционный суд вправе отказать в вызове и допросе любого свидетеля, уже допрошенного судом первой инстанции, будучи при этом обязан объяснить соответствующей стороне, заявившей ходатайство о его вызове, мотивы такого отказа, то есть будучи обязан вынести мотивированное решение (см., например: *Guinchard S., Buisson J. Procédure pénale. Paris. Litec. 2000. P. 795*).

¹⁵ Момент, с которого исчисляется срок на кассационное обжалование, требует отдельного обсуждения. Если не вдаваться в детали, то, допустим, во Франции пятисуточный срок начинает исчисляться с момента *оглашения* апелляционного решения, если лицо участвовало в судебном заседании апелляционного суда (в противном случае – с момента вручения копии решения). Однако, надо учитывать, что в течение 5 суток заинтересованное лицо обязано лишь сделать заявление в секретариат апелляционного суда или начальнику места своего содержания под стражей о намерении подать кассационную жалобу. Что касается собственно мотивов обжалования, предполагающих обязательное указание на нарушенные правовые нормы, то они излагаются позже, так как требуют ознакомления с текстом соответствующих судебных решений и т. д. Это может произойти уже даже после поступления дела в Кассационный суд (см. ст. 590 УПК Франции и др.).

¹⁶ Ясно, что в силу принципа «одно звено – одна процессуальная инстанция» Верховный суд РК не должен обладать никакими иными судебными полномочиями. Он должен быть единственной в стране кассационной инстанцией, обеспечивающей путем рассмотрения кассационных жалоб единство судебной практики и процессуальный контроль за правильным применением судами первой и апелляционной инстанции правовых норм. Добавим также, что сама

есть исключительно по правовым основаниям, круг которых установлен законом (неправильное применение материального права, существенное нарушение процессуального закона, превышение судом компетенции, незаконный состав суда и т. д.). После рассмотрения кассационной жалобы Верховным судом, если последний не отменяет решение по правовым основаниям и не направляет его на новое рассмотрение в первую или апелляционную инстанцию, оно становится не только окончательным, но и вступившим в законную силу, то есть приобретает свойства *res judicata*.

Терминологически классическая кассация может именоваться в Казахстане «кассацией» или по-прежнему «надзором», что не имеет существенного значения.¹⁷

Важно, что она не предусматривает установление фактических обстоятельств дела (они уже установлены в двух судебных инстанциях – первой и апелляционной), то есть проведение какого-либо судебного следствия и исследование доказательств. В порядке кассации (или «надзора») Верховный суд РК лишь обсуждает с участием сторон (их представителей) правовые проблемы применения соответствующих норм права как с точки зрения интересов участников процесса, так и с точки зрения функционирования правовой системы в целом (правильное понимание правовых норм и т. д.). Если Верховный суд РК приходит к выводу, что имеют место правовые ошибки, то, будучи лишен возможности оценить фактические обстоятельства, он лишь «кассирует» приговор (от франц. *casser* – «разбить» или «сломать» решение) и направляет его на новое рассмотрение в суд первой или апелляционной инстанции.

Самостоятельно вносить в приговор изменения Верховный суд не вправе, за исключением случаев, когда изменения имеют сугубо технический характер (допустим, арифметический пересчет размера наказания) и не требуют знания материалов дела. При этом рассмотрение Верховным судом уголовного или гражданского дела и соответственно «кассация» решений должны иметь место только в двух случаях: а) если правовая ошибка существенно повлияла на судьбу или интересы сторон; б) если она существенно влияет на правоприменение в целом. Это позволяет Верховному суду сосредоточиться на действительно важных правовых проблемах, отказываясь «тратить время» на «крючкотворческие мелочи», разного рода псевдонарушения (совершенно несущественные) и т. д.

В такой ситуации гипотетические опасения того, что высший суд страны окажется, перегружен кассационными жалобами, не сможет выполнять свои функции и т. д., представляются необоснованными. Понятно, что в современных правовых системах любое судебное звено сталкивается со всевозрастающей нагрузкой. Это аксиома, с ней приходится считаться, но она никак не связана с нормализацией судебно-инстанционной системы в классическом духе или с отказом от такой нормализации. Более того, если сравнить, допустим, европейскую кассацию, предполагающую рассмотрение единой кассационной инстанцией в лице высшего судебного органа страны жалоб на не вступившие в законную силу решения, с современным казахстанским пересмотром судебных решений в порядке надзора, то приходится признать, что французская кассация значительно рациональнее и процессуально экономнее. Она процедурно сравнима с рассмотрением казахстанскими судьями ходатайств о пересмотре вступивших в законную силу судебных актов (ст. 463 УПК

по себе обязанность Верховного суда рассматривать по первой инстанции наиболее резонансные уголовные и гражданские дела является исключительно советским наследием и в значительной мере отражает в судебно-инстанционной системе черты чрезвычайной юстиции. Представить себе Кассационный суд Франции или, допустим, Верховный суд США в качестве первой или ординарной апелляционной инстанции совершенно невозможно.

¹⁷ Мы уже отмечали, что, например, в Германии классическая кассация именуется «ревизией». Важно не наименование, которое может отдавать дань национальной терминологической традиции, а *суть* института и его процессуальная логика.

РК) с той лишь разницей, что французская кассационная инстанция в некоторых случаях состоит не из трех, а из пяти судей (что непринципиально).

Передача дела на пленарное заседание Кассационного суда является во Франции много менее частым явлением, чем проведение в Казахстане судебного заседания надзорной инстанции. Если ныне казахстанский Верховный суд вполне справляется не только с предварительным рассмотрением надзорных ходатайств, но и с надзорным рассмотрением дел в случае возбуждения надзорного производства, то почему он перестанет вдруг справляться с классическими кассационными жалобами, если два нынешних надзорных этапа соединить воедино, что и имеет место в классической кассации?

При этом не следует забывать и то, что в классической кассации речь идет о пересмотре дел только по правовым основаниям, круг которых формализован менее подробно, нежели в ст. 459 УПК РК, но по сути оказывается значительно более узким, так как, допустим, «необоснованное вынесение оправдательного приговора» может быть в классических системах основанием лишь апелляционного, но не кассационного обжалования и т. д. Есть и иные техники, позволяющие тому же французскому Кассационному суду заниматься исключительно серьезными вопросами, например, техника «обоснованного наказания»: Кассационный суд Франции вправе отклонить кассационную жалобу и не направлять дело на новое рассмотрение в первой или апелляционной инстанции даже при обнаружении неправильного применения закона, если считает, что наказание в любом случае обоснованно и справедливо, то есть при исправлении судебной ошибки (скажем, в случае ненадлежащей уголовно-правовой квалификации) мы в любом случае придем к аналогичной мере наказания.¹⁸

В целом, ясно, что классическая трехзвенная судебно-инстанционная система является более простой, компактной и функционально логичной, требуя от высшего суда страны только одного – независимого судебного творчества, направленного на оптимизацию судебной практики, правильное применение правовых норм и выработку мотивированных и юридически корректных правовых позиций в ходе рассмотрения кассационных жалоб. Ясно также, что для становления подлинной судебной власти необходимо, чтобы каждое решение Верховного суда, вынесенное в кассационно-надзорном порядке, обсуждалось в юридической науке, студенческих аудиториях, попадало в учебники по юридическим дисциплинам и т. д., не говоря уже о средствах массовой информации. Только при таких условиях высший судебный орган получает подлинный небюрократический судебный авторитет, позволяющий ему не утонуть в «рутине», как это часто происходит на постсоветском пространстве.

Обязательное опубликование судебных актов на интернет-ресурсах судов

Данная мера является, как известно, одной из традиционных рекомендаций, которые даются многими международными организациями в рамках программы мероприятий, направленных на оптимизацию деятельности судов и судебной власти в целом. В России она была реализована Законом «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» от 22 декабря 2008 г., вступившим в силу с 1 июля 2010 года. Логика здесь понятна, и связана она со своеобразной «перезагрузкой» традиционного принципа гласности судебного разбирательства, который в современном информационном обществе более не сводится только к физическому доступу в зал суда для широкой публики или журналистов, но продолжается и на уровне виртуального интернет-пространства.

В такой ситуации обсуждать позитивные и негативные моменты введения нормы об обязательном опубликовании в интернете всех судебных решений достаточно контрпродуктивно. С тем же успехом можно обсуждать позитивные и негативные моменты

¹⁸ Pradel J. Procédure pénale. 15 éd. Paris. Cujas. 2010. P. 799.

принципа гласности судебного разбирательства как такового, который с одной стороны создает для судов некоторые трудности технического порядка, но с другой стороны – совершенно необходим с точки зрения современных стандартов.

Вопрос скорее в другом – правильном понимании функционального значения меры по опубликованию всех судебных актов в интернете и избавлении от некоторых неоправданных иллюзий, которые были в частности характерны для российского общества в ожидании 1 июля 2010 г., когда соответствующий Закон вступал в силу. Речь идет о двух иллюзиях: 1) надежде, что теперь качество любого судебного решения будет поставлено под контроль гражданского общества; 2) мнении, что опубликование судебных решений в интернете даст толчок развитию доктрины судебного прецедента. Понятно, что ни того, ни другого не произошло и произойти не могло. Во-первых, гражданское общество при всем желании не способно не только «переварить», но даже бегло прочитать миллионы выносимых в стране судебных решений, поскольку мало-мальский глубокий анализ всех или хотя бы значительной части таких решений в виртуальном пространстве физически ничуть не более реалистичен, чем посещение всех или хотя бы значительной части открытых судебных заседаний в пространстве реальном. Во-вторых, по тем же самым причинам размещение судебных актов в интернете никак не могло повлиять на развитие доктрины судебного прецедента – если с решениями физически невозможно даже ознакомиться, то как их можно обработать на предмет выделения в них правовых позиций, *stare desicis*, *obiter dictum* и прочих атрибутов судебного прецедента, являющихся результатом сложнейшей интеллектуальной деятельности?

В такой ситуации многие российские «адепты» опубликования судебных актов в интернете испытали немалое разочарование, не увидев за истекшие с момента введения Закона в действие полтора года ни зрелого судебного прецедента, ни эффективного гражданского контроля, ни иных признаков какого бы то ни было качественного улучшения российской судебной системы. Возникло даже мнение, что реформа провалилась и опубликование судебных решений в интернете не является сколько-нибудь эффективной мерой. Однако, это не так. Здесь надо просто понимать локальный характер реформы как таковой и не испытывать по ее поводу никаких иллюзий.

Опубликование судебных актов в интернете, не будучи «чудодейственным» средством создания независимой и вызывающей доверие в обществе судебной власти, тем не менее является прекрасным подспорьем для практикующих юристов. По отзывам многих российских коллег, прежде всего адвокатов и юрисконсультов, теперь они имеют возможность, затратив определенное количество времени при подготовке к конкретному процессу и введя в поисковые системы фамилию судьи, которому предстоит рассматривать их дело, узнать, например, рассматривал ли он аналогичные дела, какие решения ранее выносил и т. д. Это не помогает «выиграть» процесс, но помогает подготовиться к нему более тщательно. В некоторых случаях можно постараться узнать, ведет ли ваш процессуальный оппонент другие аналогичные дела и т. п. Иначе говоря, речь идет о появлении дополнительной информации для профессионалов, которая при желании может стать предметом аналитической обработки и служить средством оптимизации оказываемой юридической помощи. Другое дело, что любая собираемая информация может иногда применяться и в неблагоприятных целях, но такого рода гипотетический «побочный эффект» вряд ли сам по себе может служить основанием для «закрытия» информации. В противном случае можно дойти и до отказа от принципа гласности судебного разбирательства, в том числе в аспекте обязательного гласного провозглашения, например, приговоров по уголовным делам (ч. 3 ст. 29 УПК РК). Во всяком случае в России, насколько нам известно, за истекшие полтора года никаких сведений о злоупотреблениях судебной информацией, содержащейся в опубликованных в интернете судебных актах, выявлено не было.

Таким образом, если исходить из российского опыта, связанного с применением Закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» от 22 декабря 2008 г., то при обсуждении данного нововведения в Казахстане не следует

преувеличивать на концептуальном уровне ни его значение для оптимизации судебной системы, ни его мнимую опасность с точки зрения защиты прав граждан. Отдавая себе отчет в достаточно локальном, если не сказать – второстепенном, характере мероприятий по опубликованию в интернете всех судебных актов, представляющих интерес главным образом для профессиональных участников конкретных процессов, обсуждать при их реализации следует не столько юридические, сколько технические аспекты, связанные с информационными технологиями.

Декабрь 2011 г.