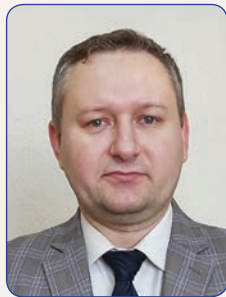


ОСОБЕННОСТИ УЧАСТИЯ ПРОКУРОРА ПРИ РАССМОТРЕНИИ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ В СУДЕ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ



Тудор ОСОЯНУ,
доктор права, доцент
<https://orcid.org/0000-0003-1506-4501>



Дмитрий КАЛЕНДАРЬ,
прокурор, аспирант
<https://orcid.org/0000-0002-8668-3345>

CAUZE PENALE ÎN INSTANȚA DE APEL: CARACTERISTICILE PARTICIPĂRII PROCURORULUI

SUMAR

În acest articol sunt analizate aspectele procesuale și tactice privind participarea acuzatorului de stat la examinarea cauzelor penale în instanța de apel. Autorii realizează o sinteză a conceptelor doctrinare care vizează poziția în proces a procurorului în faza examinării cererilor de apel, fiind puse în evidență competențele părții acuzării. Este încurajată poziția activă a procurorului în cercetarea și verificarea probelor și colaborarea cu alți participanți ai procesului, care reprezintă partea acuzării, în primul rând - cu partea vătămată. Multiplele exemple din jurisprudența CtEDO și cea națională oferă publicației caracter aplicativ.

Cuvinte-cheie: proces penal, procuror, instanță de apel, cercetarea și verificarea probelor.

FEATURES OF THE PARTICIPATION OF THE PROSECUTOR IN CRIMINAL CASES IN COURT OF APPEAL

SUMMARY

The appeal is one of the remedies that give litigants the opportunity to correct the mistakes committed by the courts, it said in a guidebook by the courts portal. The material below will tell you everything you need to know about ordinary appeal call from cases in which you can declare appeal to items that must be included in the appeal.

The article analyzes some aspects of participation of public prosecutor in criminal cases in trial in court of appeal, general provisions of the appeal proceeding, prosecution powers in appeal court. Author analyzes the scientific concepts on the participation of the prosecutor in the court of second instance, sets a goal and functions of the prosecutor in considering criminal cases in the court of first instance; determines the concept and to find out the essence of the legal status of the prosecutor in criminal proceedings. The scientific relevant problem solved is in conceptualization of prosecutor's participation in the court of appeal; the result is the optimization of the prosecutor's activity in the court of second instance on the basis of the improved legislation on criminal procedure in order to increase the efficiency of criminal procedure. Expose conclusion on the active participation of the prosecutor in the research evidence in criminal cases in trial in court of appeal.

Key-words: attorney, public prosecutor, the criminal process, appeal proceeding, active participation in the research evidence.

РЕЗЮМЕ

Апелляция является одним из средств правовой защиты, которые дают сторонам процесса возможность исправить ошибки, допущенные судами первой инстанции. Статья посвящена определению основных тактических приемов и процессуальных аспектов активного участия прокурора при рассмотрении уголовных дел судом апелляционной инстанции и важности их соблюдения при организации подготовки для участия по делу, начиная с изучения материалов уголовного дела, проверки правильности подачи апелляционных жалоб и соблюдения, при этом, процессуальных норм всеми участниками процесса, учи-

тая при этом юриспруденцию Европейского Суда по Правам Человека.

Автор выделяет научные концепции участия прокурора в суде второй инстанции, исходя из цели и функции прокурора при рассмотрении уголовных дел в суде второй инстанции, определив понятие и сущность правового статуса прокурора на этой стадии процесса.

На основании проведенного исследования, были обоснованы выводы и предложения для оптимизации деятельности прокурора в суде апелляционной инстанции, направленные на правильное применение норм уголовно-процессуального кодекса и судебной практики Европейского Суда по Правам Человека по уголовным делам.

Ключевые слова: прокурор, уголовный процесс, апелляционное производство, активное участие в исследовании доказательств.

(Продолжение, начало – в прошлом номере)

При рассмотрении апелляционной жалобы, апелляционная инстанция может, по требованию сторон, дополнительно исследовать доказательства, представленные в суде первой инстанции, а также представить новые доказательства. В случае, если стороны ссылаются на необходимость получения новых доказательств, они должны указать эти доказательства и способы, с помощью которых они могут быть получены, а также мотивы, препятствовавшие их представлению в суде первой инстанции (ст.413 ч.(3) – (4) УПК РМ).

При этом, согласно ст. 413 ч.(1) УПК РМ, для рассмотрения апелляционной жалобы применяются общие правила рассмотрения дел в судах первой инстанции, с исключениями предусмотренными для апелляционного производства.

В соответствии со ст. 414 ч.(3) УПК РМ, в случае, если показания лиц, заслушанных в суде первой инстанции, опровергаются сторонами, по ходатайству последних, лица, давшие данные показания, могут быть заслушаны в апелляционной инстанции в соответствии с общими правилами рассмотрения дел в судах первой инстанции. Соответствующие гарантии установлены в юриспруденции ЕСПЧ. В случае оспаривания сторонами показаний лиц, заслушанных в суде первой инстанции, по их ходатайству, следует заслушать лица, давшие эти показания, в апелляционной инстанции в соответствии с общими правилам рассмотрения дел в суде первой инстанции (Экбатани (*Ekbatani*) против Швеции, решение от 26.05. 1988 г., п.32) [45].

Аналогично, согласно ч.5 – 6.1, ст.389/13 УПК РФ, свидетели, лица, в отношении которых уголовные дела выделены в отдельное производство в связи с заключением с ними досудебного соглашения о сотрудничестве, допрошенные в суде первой инстанции, допрашиваются в суде апелляционной инстанции, если суд признает их вызов необходимым. В суде апелляционной инстанции, по ходатайству сторон, могут быть исследованы доказательства, в том чис-

ле и те, которые не были исследованы судом первой инстанции (новых доказательств) и о вызове, в этих целях, в судебное заседание свидетелей, экспертов и других лиц. Доказательства, которые не были исследованы судом первой инстанции (новые доказательства), принимаются судом, если лицо, заявившее ходатайство об их исследовании, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции, по причинам не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными.

Смысл проверки апелляционной инстанцией состоит в анализе и сопоставлении фактических обстоятельств с нормами закона, установленных в первой инстанции, выявление ошибок, вынесение нового решения и исправление допущенных нарушений.

Стороны переходят к доказыванию в апелляционном производстве, когда ими оспариваются фактические обстоятельства по уголовному делу, что подразумевает собирание, проверку и оценку доказательств, выявление и исправление ошибок, допущенных в первой инстанции.

Представление сторонами в апелляционной инстанции новых доказательств является продолжением защиты своих интересов.

При представлении новых доказательств – свидетелей в апелляционной инстанции, лучше, чтобы они были допрошены. Сторона, которая ходатайствует об их вызове, должна указать обстоятельства, необходимые для установления при их допросе, и самое главное, причину, по которой данные лица не были вызваны для допроса в суд в качестве свидетелей. Соответственно, необходимость вызова и допроса этих лиц в апелляционную инстанцию зависит от убедительности мотивировки соответствующего заявления.

Считаем, что исследование любых новых доказательств необходимо в том случае, когда при помощи них можно подтвердить или опровергнуть имеющие в деле доказательства. Надо отметить, что основной сбор доказательств происходит на этапе уголовного преследования и в первой инстанции, для установления всех обстоятельств, подлежащих доказыванию (ст.96 УПК РМ и ст.73 УПК РФ), необходимых для вынесения решения по уголовному делу.

В апелляционном производстве происходит проверка законности и обоснованности решения первой инстанции, применяя общие правила рассмотрения дел в судах первой инстанции с исключениями, предусмотренными для апелляционного производства.

Апелляция является формой контроля, а не повторным рассмотрением уголовного дела по существу, потому что предметом апелляционного производства является решение и процесс в первой инстанции, а факты связанности с виновностью или событием преступлением рассматриваются как средство этой проверки.

По закону, собирание доказательств принадлежит официальным лицам процесса – то есть, офицеру по уголовному преследованию (или следователю, дознавателю по УПК РФ), прокурору и суду.



Согласно ч. (1) ст.100 УПК РМ, собрание доказательств осуществляется органом уголовного преследования – по своей инициативе или по просьбе участников процесса, а также судебной инстанцией – по просьбе сторон, посредством методов доказывания, предусмотренных УПК РМ.

В соответствии с положениями ст.26 ч. (3) УПК РМ, представление доказательств обвинения является обязанностью прокурора.

На основании принципа состязательности в уголовном процессе, принципа общепризнанного и утвержденного юриспруденцией Европейского Суда по Правам Человека, бремя доказывания в судебных заседаниях в суде первой инстанции и в апелляционной инстанции возлагается на государственного обвинителя, поскольку функцию обвинения выполняет прокурор. Европейский Суд по Правам Человека, в решении *Капьян против Бельгии* от 13 января 2005 г., установил, что в сфере уголовного судопроизводства к решению вопроса о сборе доказательств надо подходить с точки зрения ст. 6 §2 и что является обязательным, *inter alia*, возложение на обвинение бремени представления доказательств [49].

Защитник, допущенный к производству по уголовному делу, в целях собирания доказательств, имеет право: 1) истребовать или предоставлять предметы, документы и сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе, вести беседы с физическими лицами, если они согласны быть допрошенными в установленном законом порядке; 2) запрашивать справки, характеристики и иные документы от различных компетентных органов и учреждений в установленном порядке; 3) в целях оказания юридической помощи с согласия подзащитного, запрашивать мнение специалиста для выяснения вопросов, требующих специальных знаний, согласно ст.100 ч. (2) УПК РМ.

Подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, защитник, обвинитель, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители, а также другие физические и юридические лица вправе представлять устные и письменные сведения, предметы и документы, которые могут быть использованы в качестве средств доказывания, ст.100 ч. (3) УПК РМ.

Такие же нормы предусмотрены и в российском уголовно-процессуальном законе. Согласно ч.1 ст.86 УПК РФ, собрание доказательств осуществляется дознавателем, следователем, прокурором и судом, с помощью производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ.

Подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств, согласно ст.86 (ч.2) УПК РФ.

Особое место занимает защитник, который вправе собирать доказательства, согласно ст.86 (ч.3) УПК РФ, путем получения предметов, документов и иных

сведений; опроса лиц с их согласия; истребования справок, характеристик и иных документов от субъектов, которые обязаны представлять запрашиваемые документы или их копии.

В апелляционной инстанции участники процесса вправе заявлять ходатайства о представлении доказательств, имеющих значение для уголовного дела, в подтверждении своей позиции и для опровержения позиции другой стороны, включая о допросе лиц, назначении экспертиз или приобщении документов.

Соответствующие показания допрошенных в апелляционной инстанции свидетелей, экспертов и других лиц образуют новое доказательство.

В апелляционной инстанции, по необходимости, могут проводиться любые процессуальные действия.

Стороны могут представлять справки, характеристики и другие документы, истребованные от органов государственной и местной власти, различных организаций, которые будут подвергнуты проверке и оценке в совокупности с другими доказательствами.

К примеру, по уголовному делу Апелляционной Палаты Кахула №05-1а-154-03022016, прокурором, участвующим в апелляционной инстанции, были истребованы данные о судимости подсудимого Ф.Д., который оказался осужденным по раннее вынесенному приговору и судимость, на момент рассмотрения дела в апелляционной инстанции, не была погашена, обстоятельство которое прямо влияло на невозможность освобождения подсудимого от уголовной ответственности с привлечением к административной ответственности. В результате, *Апелляционная Палата* Кахула отменила приговор суда первой инстанции о прекращении уголовного процесса в связи с освобождением подсудимого от уголовного преследования и вынесла новое решение, которым осудила подсудимого, назначив уголовное наказание [6].

Фото и видеoinформации потребуют от суда апелляционной инстанции осмотра и последующего их приобщения к материалам дела в качестве вещественных доказательств. На практике не представляет сложности данный процесс и применяется в случае необходимости, к примеру, по уголовным делам Апелляционной Палаты Кахула: №05-1а-60-11012018[7], №05-1а-664-20062017[8].

Соответственно, новые доказательства для апелляционной инстанции это те, которые были получены в соответствии с процессуальным законом, по ходатайству сторон.

В апелляционной инстанции проверка доказательств является основным элементом процесса доказывания на данном этапе судопроизводства, то есть, сверка содержания приговора с протоколом судебного заседания; сверка протокола допроса с протоколом допроса в судебном заседании.

Использование термина „проверка“ доказательств как раз и означает, что в каждом конкретном случае, по каждому уголовному делу судом апелляционной инстанции может быть решен вопрос о непосредственном исследовании доказательств с допросом

свидетелей, потерпевших, экспертов и специалистов или проведена проверка доказательств [15].

Стоит отметить и соответствующую норму молдавского закона: ст.100 ч.(4) УПК РМ - все собранные по уголовному делу доказательства подлежат тщательной, всесторонней и объективной проверке. Проверка доказательств состоит в анализе собранных доказательств, сопоставлении их с другими доказательствами, собирании новых доказательств и проверке источника их происхождения в соответствии с требованиями настоящего кодекса посредством соответствующих методов доказывания.

Судебная инстанция должна установить содержание доказательств по делу при помощи заслушивания показаний, осмотра приобщенных вещественных доказательств, оглашения протоколов и документов, и производству других судебных процессуальных действий с целью исследования доказательств.

В ст.413 ч. (2) и ч.(3) УПК РМ предусматривается, что председательствующий в судебном заседании в апелляционной инстанции объявляет дело подлежащее рассмотрению и проверяет явку сторон, опрашивает присутствующие стороны об имеющихся у них заявлениях или ходатайствах. После этого, апелляционная инстанция может, по требованию сторон, дополнительно исследовать доказательства, представленные в суде первой инстанции, а также представить новые доказательства.

В соответствии ст.414 ч. (2) УПК РМ, апелляционная инстанция проверяет показания и вещественные доказательства, рассмотренные судом первой инстанции, путем прочтения их в ходе судебного заседания и внесения в протокол. То есть, в апелляционном производстве есть свои особенности проверки доказательств. В случаях когда стороны не обжалуют фактические обстоятельства уголовного дела проверка доказательств не требуется.

Судебное следствие в апелляционной инстанции может производиться как при непосредственном, прямом, исследовании доказательств, так и ограничившись исследованием доказательств по материалам уголовного дела, дополнительный допрос свидетеля, назначение экспертизы, оглашение протокола допроса свидетеля или подсудимого на стадии уголовного производства, протокола очной ставки или протокола судебного заседания в суде первой инстанции.

В случае если показания лиц, заслушанных в суде первой инстанции, опровергаются сторонами, по ходатайству последних лица, давшие данные показания, могут быть заслушаны в апелляционной инстанции в соответствии с общими правилами рассмотрения дел в судах первой инстанции, согласно ст.414 ч.(3) УПК РМ.

Гайворонская Л. утверждает, что Европейский Суд по Правам Человека придаёт решающее значение положению, занимающее экспертами в судопроизводстве, и мнение, высказанное экспертом, обычно, имеет существенное значение [15, 41, 42].

Когда обосновано ставится под сомнение достоверность свидетельских показаний или заключение

судебной экспертизы, апелляционная инстанция должна допросить как свидетеля, так и эксперта. В этом отношении роль прокурора не должна быть пассивной. В деле *Гимн и др. против Республики Молдова* (жалоба №32520/09, решение ЕСПЧ от 30.10. 2012) Европейский Суд пояснил, что судебно-медицинский эксперт И.К., входивший в первую судебно-медицинскую экспертную комиссию, которая, после исследования трупа жертвы, пришла к выводу о возможном времени нанесения смертельной раны. Двумя годами позже, на основании хорошо известных только ему мотивов, суд-мед эксперт И.К. предстал перед Апелляционной Палатой и высказал мнение, которое имело совсем другой результат на обвинение трех сотрудников полиции. Его новое мнение было принято Апелляционной Палатой без выяснения мотивов, определившие эксперта И.К. поменять мнение после такого длительного промежутка времени (п. а.). Более того, судьи которые приняли новое мнение И.К. не посчитали должным обосновать, почему они приняли это новое мнение, а не заключение о вскрытии трупа и выводы комиссии судебно-медицинских экспертов, которые имели задачу исследовать труп жертвы (§50) [44].

Когда сторона настаивает на необходимость в проверке фактических обстоятельств уголовного дела, необходимо исследовать все необходимые для этого доказательства. Но, нужно учитывать, что, при этом, исследование таких доказательств должна указывать сторона в своей апелляционной жалобе и настаивать путем заявления ходатайств с целью выяснения противоречий и устранения сомнений.

Соответственно, нужно обратить внимание на содержание и мотивы требований апелланта, составной части апелляционной жалобы, согласно ст. 405 ч.(2) п.4), УПК РМ.

Мотивы апелланта о том, что дело рассмотрено с обвинительным уклоном должны быть проверены с изучением всего дела и установлением факта наличия или отсутствия нарушений уголовно-процессуального закона.

Если апелланта утверждает, что судом первой инстанции дана неправильная или неполная оценка содержанию аудио или видеозаписей, то надо непосредственно прослушать или просмотреть данные записи в апелляционной инстанции. При этом, прослушивается или просматривается как вся запись целиком, так и определенная часть её, в зависимости от того какая часть записи была неправильно оценена судом, без исследования всей записи или всех записей, приобщенных к делу (уголовное дело Апелляционной Палаты Кахула №05-1а-443-25042017) [23].

В случае, когда апелланта указывает, что суд первой инстанции не принял во внимание показания одного из допрошенных свидетелей, необходимо будет их исследовать в апелляционной инстанции путем оглашения. А если указывается на противоречия в показаниях свидетелей, то необходимо непосредственно перейти к допросу указанных свидетелей. В данном случае, или сторона обеспечивает явку данных свидетелей, или



по заявлению стороны, свидетеля вызывает апелляционная инстанция (уголовное дело Апелляционной Палаты Кахула №05-1а-653-13062016) [6].

Нарушение требований общей части уголовного кодекса, связанные с неправильным подсчетом общего срока наказания, ошибки при индивидуализации наказания, установлении рецидива преступлений предполагает их устранение без непосредственного исследования доказательств.

Если судом первой инстанции была дана неправильная квалификация деяния подсудимого, необходимо непосредственное исследование доказательств.

Что касается допроса свидетелей в апелляционной инстанции, нужно исходить из существования процедур во внутренней правовой системе и роли апелляционной инстанции. В случае, когда в вышестоящей инстанции заявляется о необходимости рассмотрения фактических и правовых аспектов дела, и сделать полную оценку виновности или невиновности лица, инстанция не может, руководствуясь принципом справедливости процесса, исследовать все аспекты без прямой оценки доказательств.

В решении *ЕСПЧ Дан против Молдовы* от 5 июля 2011, №8999/07, §26-29, Европейский Суд пояснил, что применение в апелляционном производстве ст.6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод зависит от характерных признаков этого производства. В данном деле основными доказательствами были показания свидетелей, остальные доказательства – косвенные и, соответственно, показания свидетелей имели важное значение для дела. Суд первой инстанции вынес оправдательный приговор, потому что после допроса свидетелей суд не был уверен в них. При пересмотре дела, апелляционная инстанция не согласилась с выводами суда первой инстанции, в отношении достоверности показаний свидетелей и признала виновным подсудимого. В данном случае, апелляционная инстанция не допросила заново свидетелей, а только дала оценку их показаниям, зафиксированным ранее в деле. Было установлено нарушение ст.6 §1 Конвенции, мотивировав тем что те, кто ответственные в решении о виновности и невиновности подсудимого, должны иметь возможность допросить свидетелей и оценить достоверность их показаний. Оценка правильности показаний свидетелей это комплексный процесс, который не может быть основан только на простом зачитывании этих показаний [46].

В деле *Спыну против Румынии* (№32030/02 от 29 апреля 2008, §60), Европейский Суд повторил, что свидетели обвинения снова допрашиваются, в случае если их показания являются обвинительным свидетельством, способным существенно обосновать осуждение обвиняемого [47]. Аналогичные нарушения были установлены в решениях *ЕСПЧ Видал против Бельгии*, №12351/86, §33, 35 [50], *Ватури против Франции*, решение от 13 апреля 2006, №75699/01, §58-59 [51].

Исходя из нормы ст.6 Конвенции по правам человека и положений ст.415 ч. (2¹) УПК РМ, после оправдательного приговора, апелляционная инстан-

ция не вправе выносить обвинительный приговор без заслушивания присутствующего обвиняемого, а также свидетелей обвинения, вызванных сторонами. Свидетели обвинения заслушиваются снова, в случае если их показания являются обвинительным свидетельством, способным аргументированно обосновать обвинительный приговор подсудимого. Апелляционная инстанция не вправе выносить обвинительный приговор ссылаясь исключительно на материалы уголовного дела, исследованные в суде первой инстанции, на основании которых был вынесен оправдательный приговор.

В соответствии со ст.26 ч. (3) УПК РМ и судебной практики Европейского Суда по правам человека, представление доказательств обвинения в суде первой инстанции и в апелляционной инстанции является обязанностью прокурора, в виду его процессуального положения. ЕСПЧ в решении *Капеан против Бельгии*, от 13 января 2005, установил, что в уголовной части проблема собирание доказательств должна усматриваться через призму ст.6 §2 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, и обязательно, *inter alia*, как обязанность стороны обвинения представлять доказательства [49]. После вынесения судом первой инстанции оправдательного приговора, государственный обвинитель обязан ходатайствовать в апелляционной инстанции новый допрос, как подсудимого, так и свидетелей обвинения, чьи показания являются обвинительным свидетельством, способным аргументированно обосновать осуждение подсудимого.

Доказательства в апелляционной инстанции проверяются непосредственно инстанцией, исходя из доводов и нарушений представленных апеллянтом. В апелляционной инстанции доказательства могут быть проверены как при непосредственном исследовании, так и при проверки их посредством материалов дела, где активную роль играет прокурор.

Суд первой инстанции сделал вывод о виновности, основываясь исключительно на показаниях потерпевшего А.П. и свидетелей В.У. и А.К., данные в ходе уголовного преследования и зачитанными в судебном заседании. Ст.389 ч.(2) УПК РМ предусматривает, что обвинительный приговор не может быть основан на предположениях либо исключительным образом или в основном на показаниях свидетелей, полученных в ходе уголовного преследования и оглашенных в судебной инстанции в их отсутствие. Из материалов дела следует, что А.К. находился в одном из монастырей на территории Украины, а В.У. и А.П. были арестованы в связи с привлечением их к уголовной ответственности. Имея данную информацию, прокуроры участвующие в суде первой и апелляционной инстанциях не настояли на проверке данных фактов и на необходимость привода данных лиц в судебное заседание для допроса их в качестве потерпевшего и свидетелей, на основании ст. 53 ч. (1) п.1) УПК РМ (п.а.). Определение апелляционной инстанции осталось без изменения, как законное и обоснованное [34].

В контексте рассматриваемых гарантий справедливости процесса, важен так же не только повторный допрос свидетелей, но и самих подсудимых. В решении по делу *Манюли против Молдовы* (заявление nr. 56875/11, решение от 28.02.2017) ЕСПЧ установил, что осуждение истца без повторного допроса потерпевших, обвиняемых (п. а.) или свидетелей, после того как был оправдан судом первой инстанции, было в нарушении гарантий справедливого процесса, согласно смыслу ст. 6 § 1 Конвенции. Из материалов дела следует, что сотрудники полиции и потерпевшие были опрошены в связи с согласием или несогласием с поданными апелляционными жалобами на решение суда первой инстанции (п. а.). Апелляционная Палата не провела нового рассмотрения версии событий представленных потерпевшими, обвиняемыми сотрудниками полиции или свидетелями. В данном контексте, Суд отмечает, что то, как Апелляционная Палата Кишинэу провела производство по делу, кажется противоречащей нормам статьи 419 УПК РМ и рекомендациям Пленума Высшей Судебной Палаты РМ (par.31-33) [4, с.885].

В другом деле ЕСПЧ, *Tierce и др. против Сан Марино* (№24954/94, 24971/94, и 24972/94 от 25 июля 2000, §95, 98-102) было установлено, что подсудимый был осужден в суде первой инстанции, решение было оставлено апелляционной инстанцией без изменений. Европейский Суд упомянул, что, если апелляционная инстанция должна рассмотреть дело, как с фактической, так и с правовой стороны, и дать полную оценку о виновности или невиновности, то не может этого сделать без непосредственного анализа доказательств, представленных лично подсудимым, с целью доказывания, что не совершал инкриминируемого деяния. В деле не были проведены публичные слушания в апелляционной инстанции, а подсудимые не были лично заслушаны (п. а.), соответственно имело место нарушение ст.6 §1 Конвенции [4, с.886, 48].

Собирание соответствующих средств доказывания происходит по общим правилам, предусмотренным для суда первой инстанции, с применением принципа непосредственности, что позволяет инстанции напрямую воспринять факты и обстоятельства, сообщаемые сторонами или свидетелями, как и их реакция на поставленные вопросы.

Остальные показания и материальные доказательства обвинения, исследованные в суде первой инстанции, должны быть в обязательном порядке проверены путем прочтения их прокурором в ходе судебного заседания в апелляционной инстанции.

Несоблюдение практики ЕСПЧ и нарушение норм уголовно-процессуального закона, которые обязывают государственного обвинителя после вынесения оправдательного приговора ходатайствовать о допросе подсудимого в апелляционной инстанции и представлять в судебном заседании доказательства в поддержку обвинения, следует быть оценено как не поддержание обвинения при рассмотрении апелляционной жалобы на оправдательный приговор. В

таких ситуациях апелляционная жалоба прокурора должна быть отклонена как необоснованная.

По этому поводу, 12 июля 2013 года Высшая Судебная Палата Республики Молдова дала соответствующие разъяснения о порядке рассмотрения апелляционной жалобы [40].

Апелляционная инстанция не вправе вынести обвинительное решение исключительно на основании дела, рассмотренного в суде первой инстанции, в котором содержатся показания свидетелей и подсудимого, того же дела, на основании которого он был оправдан в суде первой инстанции. Апелляционная инстанция должна приступить к новому заслушиванию, как подсудимого, так и определенных свидетелей со стороны обвинения по ходатайству сторон (решения *ЕСПЧ Попович против Молдовы* от 27 ноября 2007 г., §72, и *Дэнила против Румынии* от 8 марта 2007 г., §62-63).

На основе анализа рассматриваемых доказательств в апелляционной инстанции и прогнозирования решения апелляционной палаты в соответствии со ст.326 ч. (2) УПК РМ, прокурор вправе изменить или дополнить первоначально предъявленное обвинение на основании других статьей УК РМ.

Национальные суды, при перекалфикации юридического деяния, соблюдают условие не ухудшения положения подсудимого, но не во всех случаях учитывают и другое требование законодателя, согласно которому новая юридическая квалификация не должна ущемлять право подсудимого на защиту [4, с.23]. Данный вывод безоговорочно обоснован на проанализированной судебной практикой, в том числе и практикой ЕСПЧ.

На примере дела *Адриан Константин против Румынии* (решение ЕСПЧ от 12.04.2011), Виздоагэ Т. и Ешану А. отмечают, что если в обвинительном акте содержится умышленное преступление подсудимого, например - умышленное убийство (ст. 145 ч. (1) УК РМ), а в ходе рассмотрения дела судебная инстанция придет к выводу, что на самом деле лишение жизни произошло по неосторожности и этот факт не был обсужден сторонами в процессе, и во время совещания суд дает новую правовую оценку описанному в обвинительном заключении факту, перекалфикация, таким образом, деяния подсудимого из ст. 145 ч.(1) УК РМ в ст. 149 ч. (1) УК РМ, в действительности является нарушением права подсудимого быть подробно информированным о характере и причине обвинения, выдвинутого против него, как и его право располагать временем и возможностью для подготовки своей защиты [14, с.23].

Тем не менее, практика решения об изменении юридической квалификации лишь одновременно с разрешением по уголовному делу лишает подсудимого и его защитника возможности представить альтернативные выводы в судебных прениях в соответствии с возможным согласием или несогласием с новой юридической квалификацией.

Считаем, на основании изложенного, что изменение обвинения даже в сторону смягчения, в порядке



предусмотренном ст. 325 ч. (2) УПК РМ, прокурором при рассмотрении уголовных дел в апелляционном порядке может предотвратить нарушение права на защиту. Очень важно при этом обеспечить стороне защиты соответствующее время и материалы для подготовки защиты по новому обвинению [52].

Выводы:

1. Подводя итоги вышесказанному, можем отметить, что в апелляционной инстанции прокурор участвует как сторона процесса, выполняя функцию государственного обвинения и свои обязательства, предусмотренные в законе о прокуратуре и уголовно-процессуальным законом. Как сторона процесса, прокурор, будучи стороной обвинения, имеет те же самые права, как и сторона защиты, но имея при этом больше обязательств. В апелляционной инстанции, где уголовное дело может быть заново рассмотрено как с фактической, так и с правовой стороны, прокурор, являясь государственным обвинителем, поддерживает обвинение при помощи всех законных средств доказывания. Как и в суде первой инстанции, прокурор является гарантом прав и обязанностей подсудимого, но и других участников процесса и граждан, также участвующих в уголовном процессе, соответственно осуществляет функцию защиты прав человека. Апелляция это независимый этап уголовного процесса, и прокурор, участвующий на данном этапе, также имеет независимый статус.
2. Прокурор представляет обвинение от имени государства по всем уголовным делам. При исполнении своих обязанностей, прокурор независим и подчиняется только закону. Прокурор обязан выполнять активную роль в ходе уголовного процесса. Прокурор представляет в судебном заседании доказательства обвинения и может представлять новые доказательства, участвует в рассмотрении доказательств, представленных защитой, заявляет ходатайства и высказывает свое мнение по всем вопросам, которые появляются в ходе судебного разбирательства, высказывается в прениях относительно применения уголовного закона и наказания в отношении подсудимого за совершенное деяние [2, с. 290].
3. Установлено отсутствие в Республики Молдова исследований на тему апелляционного производства по уголовным делам.
4. Деятельность прокурора в апелляционной инстанции зависит от ошибок и нарушений, допущенных на стадии уголовного преследования, а также в суде первой инстанции и влияющих на законность его решения, из чего вытекает необходимость проведения доказывания и исследования доказательств.
5. Доказательства в апелляционной инстанции проверяются непосредственно инстанцией, исходя из доводов и нарушений, представленных

апеллянт. В апелляционной инстанции доказательства могут быть проверены как при непосредственном исследовании, так и при проверке их посредством материалов дела, где активную роль играет прокурор.

6. Прокурор, как участник в апелляционном производстве, должен заблаговременно сформировать тактику участия при рассмотрении дела. Тактико-криминалистические приемы участия прокурора в апелляционном производстве в Республики Молдова не исследованы, практически. В перспективе для молдавской практики, необходимо провести исследования для установления теоретических концептов апелляционного производства, определить важность апелляции, для обобщения судебной практики рассмотрения уголовных дел в апелляционной инстанции, а также для идентификации и устранения пробелов и недостатков в апелляционном производстве.
7. При подготовке к участию в уголовном деле государственный обвинитель должен: 1) определиться с методами и тактическими приемами, которые будут им применяться; 2) спрогнозировать возможные ситуации в апелляционной инстанции; 3) разрешить какую позицию и действия применит при изменении ситуаций.

Библиография:

1. Calendari D. Calea de atac împotriva sentinței de încetare a procesului penal pronunțată în ședința preliminară: apel sau recurs? În: *Conferința științifică internațională „Perspectivele și Problemele Integrării în Spațiul European al Cercetării și Educației”, Universitatea de Stat „B.P. Hasdeu” din Cahul*, 07.06.2017. Vol.I. https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/28_31_Calea%20de%20atac%20impotriva%20sentintei%20de%20incetare%20a%20procesului%20penal.pdf (дата обращения: 02.11.2018).
2. Calendari D. Conceptul participării procurorului în instanța de apel. În: *Conferința științifică internațională „Perspectivele și Problemele Integrării în Spațiul European al Cercetării și Educației. Universitatea de Stat „B.P. Hasdeu” din Cahul*, 07.06.2018. Vol. I. p.189-193. https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/189-193.pdf (дата обращения: 02.11.2018).
3. Calendari D. Unele aspecte privind participarea procurorului la examinarea cauzelor penale în instanța de apel. În: *Buletin științific UCSh. Cahul*, 2017. №2(6), p.121-131: https://ibn.idsi.md/ro/vizualizare_articol/59869 (дата обращения: 02.08.2018).
4. Dolea I. *Codul de procedură penală al Republicii Moldova (Comentariu aplicativ)*. Chișinău: Cartea Juridică, 2016. 888 p.
5. <http://europeanourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/brumaresku-protiv-rumynii-postanovlenie-bolshoj-palaty-evropejskogo-suda/> (дата обращения: 02.11.2018).
6. https://cach.instante.justice.md/apps/pdf_generator/base64/create_pdf.php (дата обращения: 19.11.2018).
7. https://cach.instante.justice.md/ro/hot?solr_document=05-1a-60-11012018&solr_

- document_2=&Denumire_Dosar=&Tematica=&solr_document_3=2 (дата обращения: 19.11.2018).
8. https://cach.instante.justice.md/ro/hot?solr_document=05-1a-664-20062017&solr_document_2=&Denumire_Dosar=&Tematica=&solr_document_3=2 (дата обращения: 19.11.2018).
 9. https://cach.instante.justice.md/ro/hot?solr_document=05-1a-60-11012018&solr_document_2=&Denumire_Dosar=&Tematica=&solr_document_3=2 (дата обращения: 19.11.2018).
 10. https://cach.instante.justice.md/ro/hot?solr_document=05-1a-664-20062017&solr_document_2=&Denumire_Dosar=&Tematica=&solr_document_3=2 (дата обращения: 19.11.2018).
 11. Osoianu T. Căile de atac în procesul penal. Îndrumar pentru avocați. Chișinău, 2016. p.13-14. (См.: Определение Коллегии по уголовным делам ВСП РМ № 1ra-659/16 от 12. 04. 2016. http://jurisprudenta.csj.md/search_col_penal.php?id=6204 (дата обращения: 02.11.2018).
 12. Udroui M. *Procedura penală, Partea specială. Sinteze și Grile*. Ed.5-a rev. București, 2018. 863 p.
 13. Serbinov I. *Ghidul acuzatorului de stat*. Chișinău: Cartier, 2005. 136 p.
 14. Vizdoagă T., Eșanu A. Reîncadrarea juridică a faptei inculpatului în sensul atenuării: problemele de drept penal material și procesual. În: *Revista Institutului Național al Justiției*, 2016, nr.1(36), p.22-28.
 15. Гайворонская Л. Особенности доказывания в суде апелляционной инстанции. Дисс. канд. юр. наук. <https://msal.ru/upload/main/00disser/2016/Gayvoronskaya/Гайворонская%20Л.В.%20Особенности%20доказывания%20в%20суде%20апелляционной%20инстанции.pdf> (дата обращения: 02.08.2018).
 16. Мартыничик Е. Апелляционное производство в уголовном процессе. В: *Закон и жизнь*, 1997, №2. с.3.
 17. Закон №66 от 05.04.2012 о внесении изменений и дополнений в УПК Республики Молдова №122-XV от 14.03.2003. В: Мониторул Официал Республики Молдова, 2012, №155-159/510.
 18. Исаенко В. О методике государственного обвинения. В: *Криминалист*, 2011, №1(8), с. 65.
 19. Календарь Д. Участие потерпевшего в апелляционном производстве по уголовным делам. Международная научно-практическая конференция посвященная 27-ой годовщине Комратского государственного университета: Наука, образование, культура. Комрат: КГУ „A&V Poligraf”, 2018, с.212-215. https://yadi.sk/i/p_fXrjSQ3SpMcA (дата обращения: 20.03.2018).
 20. Кириллова Н.П. Поддержание государственного обвинения в суде. СПб: Изд-во СПб. юр. инст. Генеральной прокуратуры РФ, 2003, 148 с.
 21. Королев Г. Процессуальное положение прокурора в суде апелляционной инстанции. Апелляция: реалии, тенденции и перспективы. Москва: «Акцион-Медиа», 2013, с.91-96.
 22. Курс уголовного процесса. Под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Головки. 2-е изд., испр. Москва: Статут, 2017, с.1099
 23. Определение Апелляционной Палаты Кахул по делу № 05-1a-443-25042017. https://cach.instante.justice.md/apps/pdf_generator/base64/create_pdf.php (дата обращения: 19.11.2018).
 24. Определение Апелляционной Палаты Кахул по уголовному делу № 05-1a-440-22042016. https://cach.instante.justice.md/apps/pdf_generator/base64/create_pdf.php (дата обращения: 02.11.2018).
 25. Определение Апелляционной Палаты Кахул по уголовному делу №05-1a-44-10012018. https://cach.instante.justice.md/apps/pdf_generator/base64/create_pdf.php (дата обращения: 02.11.2018).
 26. Определение Высшей Судебной Палаты по уголовному делу №1ra-1062/2017. http://jurisprudenta.csj.md/search_col_penal.php?id=9333 (дата обращения: 02.11.2018).
 27. Определение Коллегии по уголовным делам Высшей Судебной Палаты по уголовному делу № 1 ga-427/2004 от 26.05.2004.
 28. Определение Коллегии по уголовным делам Высшей Судебной Палаты по уголовному делу № 1ra-734/2004 от 13.10.2004. В: *Бюллетень Высшей судебной палаты Республики Молдова*, 2005, №1.
 29. Определение Коллегии по уголовным делам Высшей Судебной Палаты по уголовному делу № 1га-695/2004 от 26.10.2004.
 30. Определение Коллегии по уголовным делам Высшей Судебной Палаты по уголовному делу № 4 га-139/2003 от 16.12.2003.
 31. Определение Коллегии по уголовным делам Высшей Судебной Палаты по уголовному делу №1га-376/2005. В: *Бюллетень Высшей судебной палаты Республики Молдова*, 2005. Специальный выпуск.
 32. Определение Коллегии по уголовным делам Высшей Судебной Палаты по уголовному делу № 1ra-659/16 от 12. 04. 2016. http://jurisprudenta.csj.md/search_col_penal.php?id=6204 (дата обращения: 02.11.2018).
 33. Определение Коллегии по уголовным делам Высшей Судебной Палаты по уголовному делу №1га-516/2018, от 22.05.2018, с.9. http://jurisprudenta.csj.md/search_col_penal.php?id=11215 (дата обращения: 25.11.2018).
 34. Определение Коллегии по уголовным делам Высшей Судебной Палаты Республики Молдова №1го-283/2004 от 30.01.2004. В: *Бюллетень Высшей судебной палаты Республики Молдова*, 2004, №.3, с.12.
 35. Определения Коллегии по уголовным делам Апелляционной Палаты Кишинева. https://cac.instante.justice.md/ro/hot?solr_document=02-1r-&solr_document_2=&Tematica=&solr_document_3=2 (дата обращения: 15.04.2017).
 36. П. 5, 6 Постановления Пленума Высшей Судебной Палаты Республики Молдова №12 от 24.12.2012, „Об особенностях участия прокурора в рассмотрении уголовных дел судами”. В: *Бюллетень Высшей судебной палаты Республики Молдова*, 2013, № 6, с.20.
 37. Постановление Конституционного суда Республики Молдова Об исключительном случае неконституционности положения п.3) ч.(1) ст.401 УПК РМ, №9 от 20.05.2008. В: Мониторул Официал Республики Молдова, 2008, №99-101/7.
 38. П. 6 Постановления Конституционного Суда РМ № 5 от 17.03.2009 О контроле конституционности положений ч.(1) ст.326 Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова. В: Мониторул Официал



