

ГОЛОВКО Л.В.
доктор юридических наук,
профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора юридического факультета
Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова

Актуальные направления реформы уголовного судопроизводства в Республике Казахстан¹

При подготовке новой Концепции правовой политики Республики Казахстан *три проблемы*, касающиеся реформирования уголовного судопроизводства и вызвавшие немалые дискуссии, требуют специального анализа:

- а) проблема процессуальной регламентации т. н. «доследственной проверки»;
- б) проблема необходимости передачи суду полномочий прекращения уголовного дела по т. н. «нереабилитирующим основаниям» в досудебных стадиях уголовного процесса;
- в) проблема сокращенных судебных и досудебных производств, в том числе связанных с заключением т. н. «делок» между обвинением и защитой.

Невзирая на то, что уголовный процесс представляет собой *систему*, в силу чего все названные проблемы в той или иной мере связаны между собой, каждая из них, тем не менее, является *самостоятельной* уголовно-процессуальной проблемой и будет по этой причине подвергнута нами автономному анализу

I. Доследственная проверка, возбуждение уголовного дела и дознание

Основная уголовно-процессуальная *дилемма*, возникшая фактически во всех постсоветских государствах, в том числе в Республике Казахстан, и требующая скорейшего решения, сводится к противоречию между двумя постулатами, которые на первый взгляд (но только на первый!) выглядят непреложными уголовно-процессуальными аксиомами. При более пристальном рассмотрении только один из этих постулатов оказывается подлинной и универсальной аксиомой, тогда как другой – аксиомой мнимой.

С одной стороны, принято считать, что полноценная уголовно-процессуальная деятельность, в том числе уголовно-процессуальное доказывание, может начинаться только после принятия официального решения о возбуждении уголовного дела, в котором, помимо прочего, констатируется преступность деяния и дается его предварительная (но крайне важная для дальнейшего движения дела) уголовно-правовая квалификация.

С другой стороны, понятно, что определение преступности деяния и тем более его уголовно-правовая квалификация требуют наличия достоверных сведений о фактических обстоятельствах соответствующего события и роли в нем соответствующих подозреваемых лиц (если таковые есть). Эти сведения не могут быть почерпнуты исключительно из т. н. «повода к возбуждению уголовного дела», т. е. формального источника информации о преступлении (заявления потерпевшего, сообщения третьих лиц и т. д.), не говоря уже о

¹ Настоящий аналитический документ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Представительства Freedom House в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с позицией *Freedom House*.

том, что сам этот источник и содержащуюся в нем информацию необходимо досконально проверять.

Ясно, что существующее между двумя названными постулатами противоречие *непреодолимо*. Запрет уголовно-процессуальной деятельности до возбуждения уголовного дела и естественная необходимость выяснения наличия (отсутствия) правовых оснований для его возбуждения (включая квалификацию деяния) находятся между собой в обратно пропорциональной зависимости. В результате попытки «преодолеть непреодолимое» привели в свое время к появлению в советском уголовном процессе разного рода «суррогатов» процессуальной деятельности, которыми стали «доследственная проверка» и ОРД. Постсоветские уголовно-процессуальные системы унаследовали эти «суррогаты», с одной стороны понимая их ущербность, а с другой – не видя способов от них избавиться.

В то же время то обстоятельство, что речь идет о специфически «советской» проблеме, указывает на то, что технически преодолеть ее не слишком сложно. Необходимо найти лишь тот **элемент**, который и привел в свое время к деформации советской уголовно-процессуальной системы. Его отсутствие в т. н. «развитых правовых порядках» объясняет тот, казалось бы, парадоксальный факт, что проблема «доследственной проверки», до сих пор являясь «головной болью» едва ли не всех постсоветских государств, включая Республику Казахстан, в то же время совершенно незнакома, например, французским или германским юристам. Еще раз подчеркнем: решение проблемы «доследственной проверки» не представляет существенных *технических* сложностей. Все сложности здесь сугубо *психологические*, поскольку целые поколения советских и постсоветских юристов были воспитаны на *незыблемости* некоторых постулатов, которые на самом деле деформируют уголовно-процессуальную систему и от которых следует избавляться.

Тем специфически «советским» **элементом**, который на протяжении нескольких десятилетий превращает проблему «доследственной проверки» в своего рода «квадратуру круга», является приведенный выше постулат о том, что уголовно-процессуальная деятельность якобы может начинаться лишь после принятия решения о возбуждении уголовного дела, причем такое решение должно содержать официальную уголовно-правовую квалификацию деяния. На самом деле этот «постулат», кажущийся сейчас аксиоматичным едва ли не всем постсоветским юристам, был впервые сформулирован в 1934 г. в качестве некоей гарантии против необоснованного уголовного преследования, имевшего место в ходе очередной волны сталинских репрессий. Для того чтобы понять, сколь эффективной была данная «гарантия», достаточно лишь отдавать себе отчет, что формализация в 1934 г. возбуждения уголовных дел никак ни помешала впоследствии состояться событиям небезызвестного «1937 года».

Официальное возбуждение уголовного преследования, включающее уголовно-правовую характеристику деяния, имеет, конечно, место во всех уголовно-процессуальных системах. Однако оно является началом не уголовного процесса, а лишь его судебных стадий. Возбуждение уголовного преследования («возбуждение публичного иска» во Франции или «возбуждение публичного обвинения» в Германии) отделяет досудебную полицейскую деятельность в виде дознания² от судебных производств. В этом смысле аналогом такого

² Следует также обратить внимание, что бытующая в постсоветском уголовном процессе концепция дознания как *формы предварительного расследования* есть продукт исторической деформации уголовного процесса, произошедшей в советский период (начиная с 1920-х годов, когда был официально провозглашен лозунг о «стирании граней» между дознанием и следствием). Грань оказалась «стерта» столь удачно, что ее не удается восстановить по сей день. Целью реформы 1920-х годов было наделение квазисудебными функциями рабоче-крестьянских дознавателей и следователей, пришедших на смену царским судебным следователям, оказавшимся в большинстве своем по «другую сторону баррикад». Ныне параллельное развитие дознания и следствия как 2-х «форм расследования» не только утратило изначальный смысл, но и стало откровенным препятствием возвращения постсоветских уголовно-процессуальных систем в классическое русло. В этом смысле единственный вариант: сломать-таки наконец советскую традицию и вернуть понятию

возбуждения дела является в постсоветских уголовно-процессуальных системах составление и утверждение направляемого в суд обвинительного заключения.

В такой ситуации ясно, что *необходимо отказываться не только и не столько от конструкции «доследственной проверки», сколько от концепции возбуждения уголовного дела как акта, отделяющего «непроцессуальную» деятельность от деятельности «процессуальной».*

Уголовно-процессуальная деятельность везде начинается и не может не начинаться с момента регистрации сообщения о преступлении соответствующими органами досудебного расследования (полицией), причем в этот момент полиция не должна определять уголовно-правовую квалификацию деяния. Зафиксировав заявление (сообщение) о преступлении, составив рапорт о его непосредственном обнаружении или получив информацию о гипотетическом преступлении от должностных лиц (в том числе прокурора), полиция приступает с учетом подследственности к дознанию³, не вынося никакого решения о «возбуждении уголовного дела». Сроки дознания должны быть разумными и примерно совпадать с его нынешними сроками. Они могут быть дифференцированы по разным критериям (наличие или отсутствие подозреваемого и т. д.) с учетом принципа, согласно которому, чем более очевидным является факт совершения преступления и совершившее его лицо, тем более краткими должны быть сроки полицейского дознания. По итогам такого дознания, которое соединит в себе *mutatis mutandis* нынешние постсоветские «доследственную проверку», ОРД и предварительное расследование, полиция передает материалы дела прокурору, принимающему одно из следующих решений: 1) возбудить уголовное преследование, дать деянию официальную уголовно-правовую квалификацию и передать дело в производство судебных органов; 2) отказать в возбуждении уголовного преследования; 3) применить т. н. «альтернативу» уголовному преследованию, включая медиацию и т. д.

Если не вдаваться в детали, которые необходимо обсуждать не на уровне разработки Концепции правовой политики, а при редактировании конкретных уголовно-процессуальных норм, здесь возникают два принципиальных вопроса: а) каковы должны быть гарантии прав личности в ходе производства полицейского дознания? б) каково должно быть доказательственное значение полученных полицией в ходе дознания сведений?

Что касается *гарантий прав личности*, то ясно, что полицейское дознание не может в наше время не быть сопряжено с максимально разветвленным судебным контролем. Он должен проявляться в двух обязательных и одном факультативном аспектах. *Во-первых*, полиция не должна иметь право самостоятельного применения мер уголовно-процессуального принуждения, кроме кратковременного задержания на месте преступления подозреваемого лица на несколько часов или десятков часов, необходимых для его доставления в суд. В остальных случаях меры процессуального принуждения (арест, подписка о невыезде, наложение ареста на имущество и т. д.) могут применяться в ходе дознания лишь судом по ходатайству полиции, направляемому в суд через прокурора.

Во-вторых, полиция не должна иметь право самостоятельно совершать следственные действия, ограничивающие конституционные права и свободы личности, кроме случаев, не терпящих отлагательств (личный обыск задержанного и т. д.). В остальных ситуациях такого

дознания то значение, которое оно имеет в континентальном уголовном процессе (полицейская деятельность, отделяющая получение информации о гипотетическом преступлении от принятия официального решения о возбуждении уголовного преследования или об отказе в его возбуждении).

³ Вопрос о терминологии можно оставить открытым. Такая уголовно-процессуальная полицейская деятельность может именоваться в казахстанском уголовно-процессуальном законе как угодно («полицейское расследование», «досудебное расследование» и т. д., и т. п.). Но со сравнительно-правовой точки зрения наиболее распространенным термином для такой деятельности является **дознание**.

рода действия (обыск в жилище, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи и т. д.) могут производиться лишь на основании судебного решения.

В-третьих (факультативно), законодатель может предусмотреть вмешательство суда для обеспечения доказательственной информации. Скажем, полиция считает необходимым «доказательно» закрепить показания иностранного гражданина, который вскоре должен покинуть страну. При этом полиция опасается, что его показания будут оспорены в ходе судебного разбирательства защитой, настаивающей на том, что она не доверяет полицейским протоколам. Предвосхищая доводы защиты, полиция обращается в ходе дознания в порядке судебного контроля в суд, и просит соответствующего судью допросить указанного гражданина. В такой ситуации его показания приобретают судебный характер и становятся непоколебимы, позволяя самому гражданину спокойно отбыть в свою страну и избавляя государство от необходимости прибегать к сложнейшим механизмам международной правовой помощи. Мы, разумеется, привели лишь один из примеров возможного «закрепления» судом доказательственной информации, полученной в ходе полицейского дознания.

Что касается в более общем плане *доказательственного значения* сведений, полученных полицией в ходе дознания, то нет никаких оснований *a priori* считать такие сведения «ущербными», «неполноценными» и т. д. Тезис о том, что якобы не может быть полноценных доказательств до возбуждения уголовного дела, есть опять-таки тезис сугубо «советский». Найденные полицией в ходе осмотра места происшествия вещественные доказательства, полученные ею по запросам письменные документы, протоколы произведенных полицией следственных экспериментов, осмотров трупов или предъявлений для опознания – все это напрямую приобретает статус доказательств и может использоваться обвинением в суде. К *особым* можно отнести два случая: А) Получение доказательств с одновременным ограничением прав личности (вещественные доказательства, полученные при обыске в жилище, результаты прослушивания телефонных переговоров и т. д.). Однако здесь требуется судебное решение, поэтому при наличии такого решения речь также идет о полноценных доказательствах с «судебным элементом». Б) Протоколы полицейских допросов, которые могут не иметь доказательственной силы на основании правила о непосредственности судебного разбирательства и вытекающих из него ограничений оглашения показаний, данных вне стен суда. Однако данная проблема существует и ныне. Она связана не с «возбуждением» или «невозбуждением» уголовного дела, а с фундаментальным принципом непосредственного исследования судом доказательств.

В конечном итоге вопрос о том, имеют или не имеют протоколы полицейских допросов доказательственное значение, решается судом в стадии судебного разбирательства в зависимости от того, есть основания для их оглашения или нет. Кроме того, здесь может сыграть благотворную роль механизм судебного «закрепления» (обеспечения) доказательств по ходатайству полиции, о котором мы уже упоминали.

В целом важнейшей гарантией соблюдения полицией прав личности при производстве дознания является не формальный акт о возбуждении уголовного дела, а иные процессуальные институты: институт судебного контроля, институт допустимости доказательств, институт непосредственного исследования доказательств судом и т. д.

Единственным вариантом решения проблемы «доследственной проверки» является ее замена полноценным «полицейским дознанием» в качестве самостоятельной стадии уголовного процесса. Данная стадия должна вобрать в себя как «доследственную проверку» и ОРД, которые таким образом будут процессуализированы, так и нынешнее предварительное расследование (включая дознание в его сегодняшнем понимании). При этом процессуальная конструкция «возбуждения уголовного дела» (точнее – «возбуждения уголовного преследования») должна в дальнейшем пониматься не в качестве акта,

открывающего якобы уголовный процесс, а в качестве акта, составляемого прокурором по итогам полицейского дознания при наличии оснований для передачи дела в суд.

II. Должен ли суд обладать монополией на прекращение уголовных дел по нереабилитирующим основаниям?

Строго говоря, в классических уголовно-процессуальных системах прекращение уголовного дела (по любым основаниям) может иметь место только в судебных стадиях уголовного процесса. Объясняется это отнюдь не презумпцией невиновности, а элементарной процессуальной логикой: для того чтобы вести речь о «прекращении» дела, его сначала необходимо «возбудить». Дело, как мы уже отмечали, возбуждается не в начале, а по завершении полицейского дознания при наличии оснований для его передачи в суд. Соответственно «возбужденное» уголовное дело может находиться только в производстве судебных органов, которые и решают вопрос о его прекращении. Полиция и прокурор вправе лишь «отказаться от возбуждения уголовного дела», причем по любым основаниям, в том числе т. н. «альтернативным» (примирение, деятельное раскаяние, заглаживание вреда и т. д.).

Если казахстанский законодатель «нормализует» досудебные стадии уголовного процесса, построив их по классическим канонам, обрисованным нами выше, то приведенная выше логика будет актуальна и для уголовного процесса Республики Казахстан: органы досудебного преследования (полиция и прокурор) будут иметь право лишь отказываться от уголовного преследования (от его возбуждения), тогда как прекращение возбужденного уголовного дела станет прерогативой суда. Однако, рассуждая лишь на концептуальном уровне, в данной части анализа мы основываемся на *действующем* в Казахстане уголовно-процессуальном праве, где возбуждение дела предшествует предварительному расследованию, а правом прекращения дела по этой причине обладает не только суд, но и органы предварительного расследования, включая прокурора.

Кроме того, даже в случае реформирования в классическом духе досудебных стадий казахстанского уголовного процесса это не снимет проблему «реабилитирующих» и «нереабилитирующих» оснований по существу. Она перейдет лишь в иную терминологическую плоскость: вместо вопроса о том, вправе ли следователь, дознаватель и прокурор прекращать дело по нереабилитирующим основаниям, возникнет вопрос о том, вправе ли полиция и (или) прокурор *отказываться* от возбуждения уголовного преследования (или просто от уголовного преследования) по тем же «нереабилитирующим основаниям»? Поэтому здесь мы по-прежнему будем исходить из привычной терминологии, используя хрестоматийное постсоветское словосочетание «прекращение уголовного дела» по «реабилитирующим» или «нереабилитирующим» основаниям.

Прежде всего отметим, что проблема «реабилитирующих» и «нереабилитирующих» оснований прекращения уголовного дела есть проблема, безусловно, **гипертрофированная** на постсоветском пространстве. Связано это, с одной стороны, с тем, что *полицейское* по сути решение о прекращении уголовного дела в силу общей процессуальной деформации, произошедшей в советский период, превратилось в решение, едва ли не равное по силе судебным решениям, в том числе приговору. С другой стороны, противодействие прогрессивной для своего времени части научного сообщества данному обстоятельству, не будучи противодействием системным, свелось только к постоянной критике т. н. «нереабилитирующих оснований» с точки зрения презумпции невиновности, к чему мы еще вернемся.

Единственный гипотетический смысл разделения оснований на «реабилитирующие» и «нереабилитирующие» заключается в том, что в первом случае государство официально констатирует *незаконный* характер уголовного преследования и обязуется возместить причиненный им вред (реабилитировать соответствующее лицо). Иными словами, такое

основание прекращения уголовного дела означает юридический факт, порождающий возникновение со стороны государства определенных обязательств имущественного и (или) неимущественного характера, в большинстве своем являющихся обязательствами *гражданско-правовыми* (из причинения вреда). При наличии иных оснований прекращения уголовного дела (амнистия, истечение сроков давности, примирение и т. д.) государство просто-напросто отказывается от реализации права на уголовное преследование, прекращая дело, но само уголовное преследование незаконным не объявляется (оно было законным, но стало нецелесообразным). В такой ситуации со стороны государства не возникает обязанности возместить причиненный уголовным преследованием вред, и в этом смысле (только в этом!) подобные основания именуется «нереабилитирующими», то есть не дающими права на возмещение вреда (реабилитацию)⁴.

Парадокс заключается в том, что если применение каких-то из этих двух групп оснований и требует исключительно судебного решения, то таковыми, безусловно, являются реабилитирующие основания прекращения уголовных дел, поскольку они порождают гражданско-правовые последствия (возникновение со стороны государства обязательства из причинения вреда, предусмотренного ГК РК). В этом смысле недоразумением является аргумент в пользу передачи суду исключительных полномочий по прекращению уголовных дел по «нереабилитирующим основаниям», высказанный в проекте Концепции правовой политики Республики Казахстан: якобы «тем самым в основном завершится процесс разделения функций обвинения и защиты от функции разрешения уголовного дела по существу, что соответствует конституционному положению о роли и назначении судебной власти». Но разрешением дела *по существу* является как раз не его прекращение за примирением сторон или истечением сроков давности, поскольку здесь вопрос о виновности или невиновности вообще не ставится и не решается. Разрешением дела *по существу* является его прекращение за отсутствием события или состава преступления, то есть по «реабилитирующим основаниям», ибо как «событие», так и «состав» преступления представляют собой центральный элемент уголовно-правового спора. При чем здесь тогда «нереабилитирующие основания»?

Исходя из того, что при прекращении уголовного дела по т. н. «нереабилитирующим» основаниям не обсуждается и юридически не должен обсуждаться вопрос о виновности или невиновности соответствующего лица⁵, то не может возникнуть и пресловутого противоречия конституционному принципу презумпции невиновности. При наличии соответствующих оснований прекращения уголовного дела вопрос о виновности остается просто-напросто неразрешенным, поскольку дело не передавалось в суд и не рассматривалось им по существу. Презумпция невиновности остается процессуально не опровергнутой (ее никто и не пытался опровергнуть), поскольку опровергнута она может быть только вступившим в законную силу приговором суда, то есть лицо по-прежнему презюмируется невиновным. Любые попытки вкладывать в постановление о прекращении дела по соответствующим основаниям иной смысл означают лишь неправильное понимание и толкование действующего закона.

Именно такую позицию занимает, например, Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), рассмотревший в свое время претензии по данному вопросу к Австрии (Решение ЕСПЧ от 26 марта 1982 г. по делу Адольфа), где также существует институт, похожий на постсоветское освобождение от уголовной ответственности по т. н. «нереабилитирующим основаниям». ЕСПЧ не усмотрел здесь нарушения презумпции невиновности, согласившись

⁴ Возможно, имеет смысл доктринально подумать об изменении наименования соответствующих оснований прекращения уголовного дела, отказавшись от термина «нереабилитирующие основания», вызывающего неверные ассоциации со средневековым институтом «оставления в подозрении».

⁵ Если данное лицо намеревается обсудить по существу вопрос о своей виновности или невиновности, настаивая на оправдании, то оно в любом случае должно иметь право возражать против прекращения дела по соответствующему основанию. Иногда такое «возражение» предусмотрено не прямо, но косвенно (при примирении сторон), что не меняет сути дела.

с мнением Верховного суда Австрии о том, что решение органов уголовного преследования прекратить уголовное преследование в такой ситуации «не является заявлением, эквивалентным выводу о наличии вины в действиях подозреваемого».

Поэтому прекращение уголовных дел по нереабилитирующим основаниям исключительно судом никак нельзя рассматривать в качестве некоего «международного стандарта»⁶. Такое мнение просто-напросто неверно.

Более того, передача данных полномочий суду будет означать не только излишнее замедление и усложнение процесса, а также увеличение загруженности судов, что само по себе благом не является. Такое законодательное решение заблокирует возможность применения в досудебных стадиях казахстанского уголовного процесса т. н. «альтернатив уголовному преследованию», что отбросит его на несколько десятилетий назад. В этом смысле нельзя не отметить явное противоречие, содержащееся в проекте новой Концепции правовой политики Республики Казахстан. С одной стороны, там утверждается о необходимости развивать т. н. «альтернативы уголовному преследованию», в том числе медиацию, а с другой – предлагается отказаться от права органов уголовного преследования прекращать уголовные дела по «нереабилитирующим основаниям», включая примирение сторон. Но известно, что медиация наиболее активно применяется на Западе именно в полицейских стадиях уголовного процесса до передачи дела в суд. Чем дальше движется процесс, тем сложнее добиться примирения сторон, которые все более и более «погружаются» в правовой конфликт.

Что касается гарантий прав участников процесса, то здесь все беспокойства напрасны при наличии судебного контроля. Суд должен вмешиваться не для того, чтобы «штамповать» решения о прекращении уголовного дела на основании достигнутого в досудебных стадиях процесса примирения, акта амнистии или, допустим, истечения сроков давности, а при возникновении *правового спора*. В этом смысле не должно быть никаких препятствий для обжалования участниками уголовного процесса действий или решений, имеющих место при прекращении уголовного дела в досудебных стадиях, причем независимо от того, идет ли речь о «реабилитирующих» или «нереабилитирующих» основаниях прекращения.

В целом, содержащееся в проекте Концепции правовой политики Республики Казахстан положение о том, что только суд должен обладать правом прекращать уголовные дела по т. н. «нереабилитирующим основаниям» явно **неудачно** и *не имеет под собой ни теоретических, ни практических оснований*.

III. Сокращенные производства и «сделки о признании»

Принимая во внимание крайнее многообразие и принципиально разную степень общественной опасности деяний, запрещенных под страхом наказания уголовным законодательством Республики Казахстан (не говоря уже о примыкающих к ним по юридической природе, на что справедливо указано в проекте Концепции правовой политики, т. н. «административных правонарушениях»), ясно, что государство не может одинаково реагировать по некоему «единому шаблону» на все эти деяния. Не может оно на них одинаково реагировать ни в материально-правовом, ни в процессуальном смысле. В

⁶ Более того, со сравнительно-правовой точки зрения попытки передать суду все полномочия по прекращению уголовных дел по т. н. «нереабилитирующим основаниям» встречаются едва ли не исключительно на постсоветском пространстве. Они были, например, реализованы в украинском уголовном процессе. Однако опыт Украины удачным в этом смысле не назовешь: именно данное законодательное решение в значительной мере тормозит, по имеющимся у нас сведениям, развитие в этой стране разнообразных альтернатив уголовному преследованию, в том числе хорошо известной на Западе «полицейской медиации».

результате, неизбежно возникают т. н. «материально-правовая» дифференциация и т. н. «процессуальная» дифференциация реакции государства на преступление.

Невзирая на то, что при проведении процессуальной дифференциации неизбежно используются результаты дифференциации материально-правовой, последняя не должна иметь в основании сугубо процессуальные критерии. Иными словами, законодатель, решая вопросы материально-правовой дифференциации, должен абстрагироваться от ее последующего применения в рамках конструирования процессуальных норм.

Критерием **материально-правовой дифференциации** являются исключительно уголовно-правовые последствия преступления, имея в виду прежде всего *наказание*. Решая вопрос о сохранении привычных на постсоветском пространстве «категорий преступления» или о введении по западному образцу деления уголовно-наказуемых деяний на преступления и проступки (вариант: преступления, проступки и правонарушения) *не следует руководствоваться* соображениями процессуальными. Здесь сначала необходимо *принципиально разграничить наказания* и иные уголовно-правовые последствия преступлений, а затем сгруппировать преступные деяния в зависимости от вида (и только факультативно – размера) наказания. Если такая «группировка» не получается, значит проблема лежит в плоскости отставания пенологии (учения о наказаниях), недостатке т. н. «альтернативных санкций» и т. д. И именно в этом направлении законодателю необходимо будет приложить немалые усилия, чтобы не превращать материально-правовую дифференциацию в нечто формальное и искусственное. При таком методе неизбежно выйдут на поверхность несуразности современной правовой системы, когда некоторые правонарушения, объявленные «административными», предусматривают краткосрочное лишение свободы (пусть «всего лишь» на 15 или 30 суток), а другие правонарушения, официально декларируемые в качестве общественно опасных «уголовных преступлений», лишения свободы не предусматривают вовсе (даже на столь короткий срок).

Произведя основополагающую материально-правовую дифференциацию преступных деяний в зависимости от вида грозящего наказания, можно задуматься и об иных уголовно-правовых последствиях. Скажем, привлекательность «альтернативных наказаний», не связанных с лишением свободы, в значительной мере снижается за счет унифицированного подхода к институту судимости: человек, привлеченный к максимально мягкому наказанию в виде штрафа или общественных работ, на деле страдает из-за того, что считается «судимым», в результате чего сокращается профилактический потенциал «альтернативных санкций», их стимулирующая роль и т. д.

В этом смысле в материально-правовом плане можно было бы задуматься о дифференциации не только наказаний и вслед за этим преступлений, но и института судимости. Так, перспективным выглядит замена «судимости» в случае осуждения виновного к «альтернативным санкциям» другим уголовно-правовым последствием – т. н. «внесением в судебную базу данных». Такое последствие имело бы в отличие от классической судимости не общегражданское, а исключительно уголовно-правовое значение, наступающее в случае рецидива. Другими словами, доступ к «судебной базе данных» получали бы только органы уголовного преследования и суд в случае совершения нового преступления, но она оставалась бы абсолютно закрытой для всех остальных физических и юридических лиц, государственных учреждений и т. д. Иначе говоря, назначая лицу «альтернативное наказание», суд предупреждал бы его, что в случае несовершения в дальнейшем других преступлений никто никогда не получит информацию о данном приговоре, то есть биография лица останется «чистой»; если же он совершит повторное преступление, то органы следствия и суд получат данную информацию, которая будет обязательно учтена при назначении наказания за новое преступление. Думается, что данный механизм, не ломая посредством «судимости» судьбы людей, имел бы немалый профилактический эффект.

Процессуальная дифференциация в немалой степени опирается на материально-правовую, будь то постоянное использование процессуальным законодателем института «категорий преступлений» на постсоветском пространстве или их деления на преступления и проступки на Западе. Материально-правовая дифференциация учитывается, например, при определении подследственности и подсудности, режима применения мер процессуального принуждения, при уточнении оснований прекращения уголовного дела и т. д.

Однако полемика по поводу процессуальной дифференциации чаще всего связана с другим – с проблемой т. н. «сокращенных производств», которая напрямую не зависит от материально-правовой категоризации преступных деяний. В данном аспекте процессуальную дифференциацию следует на концептуальном уровне рассматривать *автономно* от дифференциации материально-правовой. В технической плоскости они, разумеется, могут в дальнейшем пересекаться (это почти неизбежно), но речь идет именно о техническом пересечении, но *не о концептуальной зависимости*.

Процессуальная дифференциация находит отражение как в досудебных, так и в судебных стадиях уголовного процесса, которые в интересующем нас аспекте следует отделить друг от друга.

а) досудебные стадии

Наиболее глобальная процессуальная дифференциация досудебных стадий уголовного процесса зависит от принципиального решения ограничить их исключительно полицейско-прокурорской деятельностью или дополнить деятельностью судебно-следственной. В последнем случае после проведения полицейского дознания по наиболее сложным и опасным преступлениям (с учетом все той же материально-правовой дифференциации преступлений) прокурор, принимая решение о возбуждении уголовного преследования, направляет дело не в суд для рассмотрения по существу, а следственному судье (судебному следователю) для производства предварительного следствия. Речь идет о классической французской системе. В такой ситуации «сокращенной» считается следующая схема: *полиция – прокурор – суд*, тогда как полноценное уголовное судопроизводство проводится по другой схеме: *полиция – прокурор – следственный судья – суд*. Поскольку следственный судья является полноправным членом судебского корпуса, это позволяет перенести центр тяжести расследования с полицейского дознания на судебное предварительное следствие, а последнее, что очень важно, становится «предварительной», но одновременно «судебной» стадией процесса⁷.

В случае если казахстанский законодатель изберет модель процесса, не предусматривающую судебного предварительного следствия, которого на данный момент нет уже во многих странах континентальной процессуальной семьи (Германия, Швейцария, Австрия и т. д.), то дифференциация тогда возможна исключительно в рамках полицейского дознания⁸.

⁷ В то же время казахстанскому законодателю следует учитывать, что французская модель предварительного судебного следствия ныне находится в самой Франции в стадии реформирования, поэтому ее следует воспринимать как сравнительно-правовой образец с достаточной степенью осторожности. Так, в январе 2009 г. президент Франции Н. Саркози официально объявил о начале законопроектных работ, целью которых должно стать упразднение института следственного судьи и вместе с ним нынешней конструкции предварительного судебного следствия.

⁸ При этом «полицейский» характер дознания вовсе, разумеется, не означает отсутствие судебного контроля. Напротив, такой контроль есть неременный атрибут любых дифференцированных вариантов полицейской деятельности в виде дознания, поскольку судебная гарантия прав и свобод личности *дифференциации не подлежит*, будучи конституционно-правовой и уголовно-процессуальной константой.

В зависимости от разных критериев допускается дифференцировать дознание⁹ по срокам, мерам процессуального принуждения, процедуре предъявления обвинения, процедуре окончания дознания и др. В качестве критериев такой дифференциации должны выступать не только материально-правовые, но и сугубо процессуальные аспекты, скажем, «очевидность» или «неочевидность» преступления. Если совершение преступления очевидно, подозреваемый задержан на месте (например, при попытке кражи из супермаркета), а преступление не является тяжким, то нет никаких причин проводить дознание в течение нескольких месяцев или недель. Оно может быть проведено в течение нескольких часов путем составления необходимых протоколов, фиксации показаний свидетелей и их данных и т. д., после чего составляется обвинительный акт (в том числе в упрощенной форме), а обвиняемый доставляется в суд. Далее суд извещает обвиняемого (если нет необходимости содержать его под стражей) о дате слушания дела по существу, применяя в случае необходимости «альтернативную» меру пресечения.

Кроме того, появление такого рода упрощенных форм дознания является неизбежным ввиду неизбежности стирания принципиальных граней между уголовными преступлениями и административными правонарушениями. Производство по делам об административных правонарушениях и есть тот «полигон», на котором в постсоветских странах опробованы многие упрощенные формы полицейского дознания. Иначе говоря, в ходе производства об административных правонарушениях уже сейчас применяются модели, являющиеся *de facto* упрощенными формами дознания. Их необходимо проанализировать, в случае необходимости оптимизировать (в том числе с точки зрения гарантий прав личности) и решить, в какой мере они могут напрямую или *mutatis mutandis* охватить также часть нынешних мелких «уголовных преступлений».

б) судебные стадии

Признание обвиняемым своей вины (согласие с предъявленным обвинением) есть далеко не единственный возможный критерий дифференциации судебных стадий уголовного процесса, имея в виду прежде всего стадию судебного разбирательства. Однако именно данный критерий сегодня наиболее активно обсуждается на постсоветском пространстве, включая Республику Казахстан, поэтому мы здесь оставляем в стороне другие возможные критерии (тяжесть деяния, состав суда, публичное или частное обвинение и т. д.) и сосредоточимся исключительно на вопросе о том, необходимо или нет вводить в казахстанский уголовный процесс сокращенные судебные производства в зависимости от признания обвиняемым (подсудимым) своей вины.

Прежде всего необходимо рассмотреть перспективы в казахстанском уголовном процессе так называемых «сделок о признании», вызывающих неподдельный интерес едва ли не во всех постсоветских государствах. Сразу обратим внимание, что «сделки о признании» представляют собой не отдельный институт, могущий существовать в относительно «автономном режиме», а абсолютно *системное явление*, характерное исключительно для англосаксонских стран. Как известно, в Англии или в США нет ни формализованного предварительного расследования, ни формирующегося до суда единого уголовного дела, ни понятия «производство по делу», ни лица, ведущего данное производство. В такой ситуации суд рассматривает только те материалы, которые положит ему на стол обвинитель (остальные материалы остаются в «портфеле обвинителя» и никого не волнуют). Кроме того, перед тем как рассматривать данные материалы (включая доказательства), суд выясняет позицию обвиняемого: признает ли он свою вину или нет. Если обвиняемый вину признает, то суд даже не открывает папку с материалами обвинения, а сразу уходит назначать наказание (или назначает его на месте). В этом проявляется полная англосаксонская состязательность (нет спора – нет дела). Опираясь на нее, сторонам ничто

⁹ Мы исходим здесь из того, что речь идет не о «советском», но о классическом дознании. Иными словами, дифференциации дознания в любом случае должен предшествовать переход от его советского (постсоветского) варианта к варианту классическому (об этом см. выше).

не мешает договориться (*заклучить «делку»*) о том, что обвинитель выложит на стол судье лишь незначительную часть имеющихся у него материалов против обвиняемого и «похоронит» навеки в своем сейфе остальные при условии, что обвиняемый признает свою вину по предъявленным материалам. Обвинитель приобретает гарантированный приговор (пусть и в меньшем объеме, чем заслуживает обвиняемый) и освобождается от бремени доказывания, тогда как обвиняемый получает значительно более мягкое наказание по сравнению с тем наказанием, которое грозило бы ему в случае успешного доказывания всех известных обвинителю обстоятельств. Подчеркнем также, что англосаксонский уголовный процесс не знает таких процессуальных фигур как «потерпевший» и (или) «гражданский истец», что позволяет рассматривать «делки» исключительно через призму процессуальных взаимоотношений обвинителя и обвиняемого.

Совершенно очевидно, что континентальный процесс, имеющий совершенно иную степень формализации досудебных стадий и построенный на таких категориях как «уголовное дело», «производство по делу», «приостановление производства по делу», «основания прекращения дела» и т. д., принципиально не может использовать указанный англосаксонский механизм «делок». На каком основании обвинитель оставит в своем шкафу или сейфе часть материалов дела в обмен на признание вины? По какому конкретно основанию он прекратит по ним производство? Как быть с правами потерпевшего или гражданского истца, которые в отличие от англосаксонского процесса являются важнейшими участниками процесса континентального? Может ли потерпевший обжаловать в порядке судебного контроля решение о частичном прекращении уголовного преследования и как такая жалоба будет рассматриваться, учитывая, что «делка» имеет под собой не правовые, а фактические основания, отражая желание обвинителя и обвиняемого договориться исходя из обоюдной целесообразности? Ясно, что на эти вопросы в рамках «континентальной логики» ответить невозможно. *Именно поэтому в чистом виде «делки о признании» в континентальный процесс имплементировать нельзя, что с теоретической точки зрения есть факт общеизвестный. Казахстанскому законодателю следует оставить такие попытки как недостижимые и иллюзорные.*

В то же время невозможность имплементации «делок о признании» в их классическом англосаксонском обличии не означает, что континентальный процесс не в состоянии воспринять в свойственном ему духе идею о том, что признание вины в определенных случаях (по отдельным категориям дел) может служить критерием ускорения судебного разбирательства. Такая идея в последние годы была воспринята многими континентальными уголовно-процессуальными системами. Если говорить схематично, то сложилась конструкция, в рамках которой при поступлении уголовного дела в суд последний при наличии согласия по поводу обвинения между ключевыми заинтересованными сторонами (государственным обвинителем, потерпевшим и обвиняемым с защитником) *не проводит судебного следствия* и рассматривает дело исключительно по письменным материалам (в особом порядке). Обвиняемому в такой ситуации гарантируется смягчение наказания. Здесь очень важно, что континентальный процесс не отказывается от своих классических постулатов, в частности того, что признание вины не может быть единственным основанием постановления обвинительного приговора. Иные доказательства вины присутствовать должны, но их разрешается не исследовать устно и непосредственно по общим правилам судебного разбирательства. В качестве хрестоматийных примеров подобной конструкции можно привести гл. 40 принятого в 2001 г. УПК РФ или новый французский институт *procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, введенный в УПК Франции Законом от 9 марта 2004 г. Данные процедуры иногда лишь **условно** именуют континентальными «делками о признании», стремясь тем самым подчеркнуть определенное сходство с англосаксонской моделью, но без малейших претензий при таком сравнении на абсолютную научную точность. На самом деле в данном случае правильнее говорить о «сокращенных судебных процедурах без проведения судебного следствия в случае согласия сторон».

Могут ли такие процедуры быть имплементированы в казахстанский уголовный процесс? В отличие от англо-американских «сделок о признании» никаких непреодолимых теоретических и практических препятствий для создания казахстанского аналога континентальных «сокращенных производств» нет. Однако у казахстанского законодателя при принятии соответствующего решения есть счастливая возможность учесть не только позитивные, но и *негативные* последствия, которые повлекло во многих странах, в частности в Российской Федерации, введение подобных производств. Выделим **два** из этих последствий.

Во-первых, в странах с неустойчивой правоохранительной системой, к которым относятся едва ли не все постсоветские государства, введение любых форм дифференциации процесса в зависимости от признания вины просто-напросто **опасно**. Не секрет, что во многих случаях признание вины является результатом не осознанного и добровольного выбора обвиняемого, а оказываемого на него физического или психического давления, включая пытки. Норма, предусмотренная в частности в УПК РФ, о том, что судья обязан удостовериться в добровольности признания, на деле оказывается сугубо декларативной. Чтобы убедиться в добровольности (недобровольности) признания требуется допросить обвиняемого, исследовать иные доказательства, то есть провести судебное следствие, которое в данном случае не проводится. Поэтому все сводится к формальному вопросу судьи («Добровольно ли Ваше признание?») и столь же формальному ответу обвиняемого, которому нередко приходится затем возвращаться в камеру предварительного заключения. В этом смысле особенно тревожит содержащееся в проекте Концепции правовой политики Казахстана положение о том, что «сделка о признании» рассматривается в качестве альтернативы суду присяжных. Это положение скопировано с американской правовой системы без учета разницы в уровне правового и процессуального развития двух стран. Суд присяжных есть явление дорогостоящее и «элитарное». Он не может функционировать по всем делам без исключения (их слишком много). Рассматривая в качестве альтернативы ему «сделку о признании», казахстанский законодатель низводит признание вины до степени единственного способа обеспечения должной «пропускной способности» судебной системы. К чему это приведет? К тому, что возникнет дополнительная заинтересованность (в том числе сугубо бюджетная, особенно в условиях финансового кризиса) государственных органов в максимальном числе «признаний» по уголовным делам. Дальнейшее предсказать несложно... **Не думаю, что казахстанскому законодателю следует создавать дополнительные стимулы и рычаги для получения органами расследования признания обвиняемого.**

Во-вторых, практика применения в Российской Федерации гл. 40 УПК РФ выявила еще одну острейшую проблему, на которую необходимо обратить внимание казахстанскому законодателю, - проблему **преюдициального** значения приговоров, постановленных в особом порядке (без проведения судебного следствия). Проиллюстрируем данную проблему вполне конкретным примером реального уголовного дела. Расследуя сложное экономическое преступление, органы следствия возбудили по отдельности уголовные дела «в отношении» четырех лиц. Три дела были рассмотрены в порядке главы 40 УПК РФ, поскольку обвиняемые признали себя (по неизвестным причинам) виновными. По четвертому делу обвиняемый, обвиненный в организации преступления, виновным себя не признал. Но к моменту рассмотрения данного дела по существу в стадии судебного разбирательства защита столкнулась с непреодолимым препятствием. Факты, вменяемые их подзащитному, оказались доказанными на основании преюдиции, поскольку «обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, признаются судом... без дополнительной проверки...» (ст. 90 УПК РФ). Три приговора, вынесенных в особом порядке по тем же фактам без проведения судебного следствия, создали преюдицию по четвертому делу, лишив смысла все процессуальные гарантии, принцип состязательности, институт права на защиту и т. д. При этом обвиняемый, отрицавший свою вину, на указанные приговоры повлиять не мог, поскольку не являлся участником трех первых судебных разбирательств, проведенных в «особом порядке». В результате, используя подобную схему, обвинению *так и не пришлось ничего доказывать* как в

отношении признавших вину лиц, так и в отношении лица, вину отрицавшего, притом что *ни одна процессуальная норма формально нарушена не была*. Представляется, что казахстанскому законодателю следует учесть данный казус и глубоко продумать проблему преюдициального значения такого рода приговоров (если, конечно, в Казахстане будет принято решение о введении института, аналогичного российскому «особому порядку»).

Отдельно следует рассмотреть другое «модное» нововведение – институт так называемых «сделок о признании» («сделок с правосудием») по делам об организованной преступности. Проект соответствующего закона разработан, в частности, в Российской Федерации, принят на момент написания настоящих строк Государственной Думой РФ во втором чтении и активно обсуждается в научно-экспертном сообществе, вызывая неоднозначную реакцию.

Смысл института заключается в том, что по делам об организованной преступности, где возникают особые сложности с доказыванием, обвиняемым, согласившимся сотрудничать со следствием, предлагается заключить «соглашение», согласно которому они обязуются дать показания в отношении своих соучастников в обмен на значительное смягчение наказания или даже полное освобождение от него. В результате соглашения дело таких обвиняемых выделяется в отдельное производство, рассматривается в порядке гл. 40 УПК РФ и решается в «особом порядке».

Сразу заметим, что проект закона подвергается в российской доктрине резкой критике, в том числе со стороны автора настоящих строк, считающего его *крайне несовершенным* с юридино-технической точки зрения.

Во-первых, здесь возникает все та же проблема *преюдиции*. Формально приговор, вынесенный в особом порядке в отношении сотрудничающего со следствием обвиняемого, будет иметь преюдициальное значение в части установления фактических обстоятельств дела, что сделает едва ли не бессмысленным рассмотрение основного дела.

Во-вторых, постановление в особом порядке обвинительного приговора в отношении сотрудничающего со следствием обвиняемого неизбежно приводит к появлению другой проблемы: как быть, если по основному делу затем будет вынесен оправдательный приговор? В результате, либо оправдательные приговоры никогда не будут выноситься в данной ситуации, либо оправдательные приговоры никогда не выносятся в данной ситуации, что в очередной раз дискредитирует сам институт оправдательного приговора (и так весьма «слабый» на постсоветском пространстве), а также принцип состязательности, либо при постановлении все-таки оправдательного приговора возникнет необходимость отменять обвинительный приговор в отношении заключившего с обвинением соглашение обвиняемого, реабилитировать последнего, возмещать ему причиненный государством вред и т. д. Вряд ли такого рода последствия позитивно скажутся на практике применения института и уголовном судопроизводстве в целом.

В-третьих, постановленный в отношении сотрудничающего со следствием обвиняемого обвинительный приговор вступит в законную силу до рассмотрения основного уголовного дела об организованной преступной группе по существу. Каковы тогда гарантии, что осужденное в «льготном порядке» лицо выполнит предусмотренные соглашением обязательства и даст в суде показания против соучастников? Как быть, если он скажет в суде, что «после падения», подтвержденного, допустим, справкой врача, «потерял память» или заболел за истекшие месяцы склерозом, амнезией и т. д.? Какую ответственность будет в такой ситуации нести это лицо? Можно ли, не доводя уголовно-процессуальную систему до абсурда, сконструировать специальное основание отмены вступившего в законную силу «льготного» приговора и предусмотреть в качестве такого основания, скажем, «потерю обвиняемым памяти»? А если осужденный действительно заболеет и потеряет память, что гипотетически исключить нельзя? На все эти вопросы нет и не может быть рационального ответа, не выходящего за пределы правовой и процессуальной логики.

Наконец, *в-четвертых*, о заключении одним из обвиняемых соглашения о сотрудничестве со следствием неизбежно станет известно всем заинтересованным представителям криминальных кругов. Никакие «засекречивания» соглашения здесь не помогут, поскольку ясно, что если один из соучастников получил по делу приговор «в особом порядке» и «досрочно» прибыл в места лишения свободы, то такое могло произойти только в случае сотрудничества со следствием. В то же время речь идет об организованной преступности. Каковы тогда гарантии безопасности осужденного в «обыкновенных» местах лишения свободы? Необходимо строить особо охраняемые места лишения свободы для лиц, сотрудничающих со следствием, которых нет ни в Казахстане, ни в России и которые вряд ли появятся в ближайшее время с учетом финансового кризиса и не слишком большого числа случаев перехода «на сторону» следствия представителей организованных преступных групп.

В целом концепция «сделок с правосудием» по делам об организованной преступности пока еще слишком **несовершенна**. *В этом смысле казахстанскому законодателю не следует брать, например, на вооружение соответствующий законопроект, разработанный в Российской Федерации.* Стимулировать сотрудничество со следствием необходимо. Однако для этого достаточно уголовно-правовых мер, когда в уголовном законе существуют гибкие механизмы снижения наказания или полного освобождения от него в случае дачи показаний против соучастников в ходе основного (главного) судебного разбирательства на этапе судебного следствия. Сотрудничество со следствием (обвинением) должно иметь место *на всем протяжении процесса* (а не только в его начальных стадиях) и находить отражение в основном приговоре по делу, которого с процессуальной точки зрения вполне достаточно для дифференциации ответственности тех представителей организованной группы, кто со следствием сотрудничал, и тех, кто со следствием сотрудничать отказался.

Июнь 2009 г.