

ГОЛОВКО Л. В.
доктор юридических наук
профессор кафедры уголовного процесса, правосудия
и прокурорского надзора МГУ им. М. В. Ломоносова

Аналитическая записка по вопросу об отмене института дополнительного расследования уголовных дел в РК

Институт «дополнительного расследования», то есть право суда, принявшего уголовное дело к производству, вернуть его по определенным основаниям в стадию предварительного расследования либо по итогам решения вопроса о назначении главного судебного разбирательства, либо по итогам рассмотрения дела по существу уже в стадии главного судебного разбирательства, перешел в современный казахстанский уголовный процесс из процесса советского. В какой-то мере можно говорить, что данный институт был для советского уголовного процесса институтом «классическим», глубоко проникшим в ткань советской уголовно-процессуальной техники. Вместе с тем в процессе многолетнего применения процессуальная конструкция «дополнительного расследования», по своей логике направленная на решение вполне нейтральных (технических), причем очень важных, задач, подверглась серьезной деформации и стала использоваться отнюдь не только для того, для чего она задумывалась (используя медицинскую терминологию, в данном случае можно констатировать появление неких «побочных эффектов»). Именно в таком виде, то есть в качестве одного из системообразующих процессуальных механизмов, при этом сопряженного с бесспорными негативными «побочными эффектами», институт дополнительного расследования и был унаследован постсоветскими уголовно-процессуальными системами, в том числе казахстанской уголовно-процессуальной системой.

И здесь-то возникла основная дилемма, связанная с решением вопроса о сохранении или упразднении интересующего нас института. С одной стороны, «побочные эффекты» оказались столь серьезными и опасными, что вызвали не только непрекращающуюся критику института дополнительного расследования, но и констатацию его несовместимости с современными уголовно-процессуальными ценностями и принципами, сопровождаемую фактически перманентными призывами к полному отказу от самого института.

С другой стороны, выяснилось, что техническая нагрузка, выполняемая данным институтом, не столь легко распределима между остальными институтами, тем более что некоторые важнейшие процессуальные компоненты советский уголовный процесс, сосредоточившийся на развитии доктрины «дополнительного расследования», в свое время уже утратил, в силу чего они не были заимствованы постсоветскими уголовно-процессуальными системами. В такой ситуации практическая реализация призыва к полному отказу от института дополнительного расследования оказалась, с технической точки зрения, отнюдь не такой простой, как кому-то могло показаться на первый взгляд.

Ярким примером неумения решить обозначенную выше дилемму является российский законодатель, попытавшийся полностью упразднить в новом УПК РФ институт дополнительного расследования и заменить его институтом «возвращения уголовного дела прокурору». Однако, скажем откровенно, данная попытка завершилась очевидным провалом. Это связано, прежде всего, с недооценкой технической составляющей института

дополнительного расследования, в силу чего составители УПК РФ не создали никаких иных процессуальных механизмов, на которые можно было бы возложить решение соответствующих процессуально-технических задач. В результате, институт дополнительного расследования постепенно и очень быстро «восстал из пепла», что было, не вдаваясь в детали, юридически оформлено Постановлением Конституционного суда РФ от 8 декабря 2003 г. и Постановлением Пленума Верховного суда РФ от 5 марта 2004 г.

Строго говоря, возрождение в российском пореформенном уголовном процессе некоего подобия института дополнительного расследования есть явление, бесспорно, объективное: при тех технических подходах, которые были заложены в новом УПК РФ, полностью избавиться от данного института не было ни малейшего шанса. В этом смысле УПК РФ служит примером того, как методологически и технически не следует решать проблему реформирования института дополнительного расследования.

Методологически, чтобы иметь хотя бы теоретическую возможность технически корректно реформировать институт дополнительного расследования или вовсе отказаться от него, необходимо четко отделить друг от друга оценку негативных «побочных эффектов» данного института и его функциональную роль в уголовно-процессуальной системе. В этом смысле мы принимаем как аксиому, не требующую более никакого научного доказывания и поиска новых убедительных аргументов, тезис о том, что во всех постсоветских уголовно-процессуальных системах, унаследовавших институт дополнительного расследования, практика применения данного института характеризуются крайне негативными и губительными для любой уголовно-процессуальной системы явлениями: неоправданным благоприятствованием обвинению (вместо хрестоматийного принципа *favor defensionis* на деле применяется принцип *favor accusationis*); отказом от постановления при наличии к тому оснований оправдательных приговоров; забвением фундаментального правила о том, что «все неустранимые сомнения толкуются в пользу обвиняемого» (*in dubio pro reo*) и т. д.

Представляется, что полемика в данном ракурсе *pro* и *contra* института дополнительного расследования, которая, к сожалению, в постсоветской уголовно-процессуальной доктрине ведется именно и исключительно вокруг наличия или отсутствия указанных «побочных эффектов», не имеет более никакого научного смысла. Мы здесь будем исходить из научной доказанности как наличия данных «побочных эффектов», так и их негативного характера. В противном случае не возникало бы самой необходимости оценивать пути реформирования института дополнительного расследования и анализировать перспективы его отмены.

В то же время аксиоматичность приведенного тезиса вовсе не означает, что институт дополнительного расследования задумывался именно как средство борьбы с оправдательными приговорами или принципом «благоприятствования защите». Задумывался он для решения других задач, объективно возникающих перед любой уголовно-процессуальной системой (советской, постсоветской или вовсе не советской), и в этом смысле, образно говоря, не следует путать проект здания со зданием некачественно возведенным или используемым не по назначению (здание может быть спроектировано для достижения более или менее благовидных задач, а использоваться для достижения задач совершенно не благовидных).

Поэтому для оценки перспектив института дополнительного расследования требуется: а) понять, какие процессуальные задачи с его помощью решались и решаются; б) отделить друг от друга задачи «благовидные» (решать которые необходимо в любой «добропорядочной» уголовно-процессуальной системе) от задач «неблаговидных» (решать которые вовсе не нужно); в) выяснить, прежде всего, с точки зрения методов сравнительного правоведения, существуют ли иные процессуальные механизмы, позволяющие решать задачи, условно названные нами «благовидными». Иначе говоря, к решению проблемы дополнительного расследования следует подходить не концептуально (когда мы отстаиваем или отрицаем саму концепцию «дополнительного расследования»), а сугубо функционально.

А) Объективно возникающие проблемы

В данной части нашего анализа имеет смысл на время забыть о самом институте «дополнительного расследования», взглянув на проблему, как мы уже отмечали, исключительно с функциональной точки зрения.

Любая уголовно-процессуальная система неизбежно сталкивается с несколькими проблемами, не укладывающимися в хрестоматийное представление о расследовании и разрешении уголовного дела.

Во-первых, сложная процессуальная регламентация предварительного расследования, характерная, прежде всего, для так называемого «континентального уголовного процесса», приводит к появлению разного рода процедур, не связанных с собственно собиранием доказательств. Данные процедуры имеют другие цели, чаще всего направленные на обеспечение прав участников процесса. В такой ситуации возникает вопрос, каковы правовые последствия умышленного или неумышленного нарушения лицом, ведущим производство по делу, соответствующих уголовно-процессуальных норм, регулирующих данные процедуры? С учетом того, что процедуры эти не связаны с собиранием доказательств, такое процессуальное последствие как «признание доказательства недопустимым», вполне достаточное при нарушении закона, скажем, при производстве обыска, здесь неприменимо. Соответственно должны быть иные правовые последствия подобного рода нарушений, особенно когда они приобретают существенный характер и не имеют никакого отношения к существу уголовного дела (вопросу о виновности или невиновности обвиняемого).

Примеры: при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела следователь отказывает в допуске защитника; обвиняемому установлен издевательски короткий срок ознакомления с материалами уголовного дела в порядке ч. 3 ст. 275 УПК РК, хотя он совершенно не затягивал ознакомление, а лишь внимательно ознакомился с материалами дела; нарушен порядок предъявления обвинения и т.п.

Во-вторых, в ходе судебного следствия, которое в «нормальном» уголовном процессе вовсе не обязательно должно воспроизводить следствие предварительное (если мы не хотим иметь «штамповочное правосудие»), может выясниться, что обвиняемый совершил более тяжкое преступление, нежели то, что изначально вменялось ему в вину. Может выясниться также наличие других соучастников или других эпизодов преступного деяния, выходящих за пределы предъявленного обвинения. Какое в такой ситуации решение должен принять суд?

Пример: в ходе следствия установлен факт открытого похищения имущества, однако доказательств наличия у обвиняемого оружия нет, в силу чего дело передано в суд с обвинением в грабеже. Однако, в ходе судебного следствия потерпевший и обвиняемый меняют показания, сообщая о наличии у обвиняемого пистолета, месте куда он был выброшен и т. д., то есть деяние следует переквалифицировать на более строгое (разбой), что невозможно исходя из ст. 320 УПК РК (пределы судебного разбирательства).

В-третьих, опять-таки в ходе судебного следствия и независимо от решения вопроса о субъектах доказывания («активный» суд или «пассивный» суд при активных сторонах) может возникнуть необходимость представления или собирания дополнительных доказательств при невозможности сделать это сугубо судебными методами. Должны ли мы такую ситуацию игнорировать или она должна учитываться при построении уголовно-процессуальной системы?

Пример: обвиняемый дает в суде показания, ссылаясь на нового (он не сообщал о нем ранее) и очень важного свидетеля, подробные персональные данные (ФИО, домашний адрес и т. д.) о котором он предоставить не может (в показаниях обвиняемого он выглядит как «Вася в красной куртке»). Защита при этом ходатайствует о вызове и допросе данного свидетеля, однако суду просто-напросто некуда направить повестку ввиду отсутствия точных персональных данных о лице. Соответственно лицо необходимо установить или, по крайней мере, проверить данные о нем (не является ли оно плодом вымысла обвиняемого), что силами одной лишь судебной власти сделать весьма затруднительно.

Б) Требуют ли данные проблемы процессуального решения?

Мы намеренно выделили только те процессуальные проблемы, которые требуют решения в любой процессуальной системе, то есть являются по нашей условной терминологии «благовидными». Решать многие другие проблемы, которые мы столь же условно назвали «неблаговидными», не требуется по принципиальным основаниям. Скажем, можно ставить вопрос о том, как быть если нерадивый следователь плохо произвел расследование уголовного дела, допустил много процессуальных нарушений при собирании доказательств, выдвинул необоснованное обвинение и т. д.? Однако, ответ на данный вопрос очевиден: в таком случае необходимо признавать доказательства недопустимыми и оправдывать обвиняемого за «недоказанностью» или по другой терминологии «непричастностью» к совершению преступления. Создание каких-либо специальных процессуальных механизмов, позволяющих исправлять грубые следственные ошибки, является, безусловно, целью «неблаговидной», поскольку это приведет к деформации уголовно-процессуальной системы - резкому понижению роли оправдательного приговора, отсутствию у следствия стимулов к соблюдению закона и т. д. Такого рода цели вовсе не должны ставиться перед процессуальной системой, и именно поэтому мы назвали их «неблаговидными».

Однако приведенные выше проблемы имеют совершенно иную природу и по этой причине, действительно, требуют процессуального решения. В этом смысле недопонимание принципиальных отличий между решением законодателем не требующих специального решения («неблаговидных») целей, которые, к слову, и привели к «побочным эффектам» института дополнительного расследования, и проблем другого порядка, требующих решения (пусть и не обязательно через «дополнительное расследование»), нередко встречается в современной литературе, что заметно осложняет реформирование постсоветского уголовного процесса. Скажем, нередко ведя полемику в духе «законности и справедливости», некоторые противники института дополнительного расследования отмечают, что вынесение оправдательного приговора при некачественном расследовании вполне справедливо, поскольку, дескать, «было бы не только незаконным, но и несправедливым решать вопрос некачественного предварительного расследования за счет прав и интересов обвиняемых». С этим можно согласиться, если, во-первых, иметь в виду расследование действительно, «некачественное», а, во-вторых, понимать под расследованием исключительно «собираение доказательств». В такой ситуации на самом деле не нужно ничего, кроме институтов недопустимости доказательств и оправдательного приговора. Однако, природа отмеченных нами проблем либо не связана с собиранием доказательств, либо далека от вопросов «качественности» или «некачественности» следствия.

В случае с первой из обозначенных нами проблем нарушение закона в ходе предварительного расследования, приведшее, в частности, к существенным ограничениям прав обвиняемого, не имеет никакого отношения ни к самому обвинению, ни к его доказанности или недоказанности, ни к разрешению дела по существу в форме приговора. Почему, допустим, присяжные заседатели должны оправдывать обвиняемого,

в отношении которого имеются соответствующие обвинительные доказательства, исследованные в суде, лишь только в силу того, что обвиняемому не дали возможности надлежащим образом ознакомиться с материалами уголовного дела? Что и кто помешает им в такой ситуации вынести обвинительный вердикт? Как должно в такой ситуации выглядеть напутственное слово председательствующего: «Прошу Вас оценить доказательства, представленные обвинением и защитой, а также решить вопрос, нарушен ли пункт такой-то статьи такой-то УПК, регламентирующий процедуру предъявления обвинения или ознакомления с материалами дела (с учетом также Постановления Конституционного совета от такого-то числа и Нормативного постановления Верховного суда от такого-то числа)...»? Понятно, что вопрос о нарушении или отсутствии нарушения закона в ходе производства процессуальных действий, не связанных с собиранием доказательств, не должен решаться при разрешении дела по существу, а приговор есть судебный акт, разрешающий дело по существу, но не форма реакции на технические нарушения уголовно-процессуального закона, пусть даже и существенные.

Что касается второй и третьей из указанных проблем, то они не только не связаны или не всегда связаны с «некачественностью расследования», но нередко возникают, напротив, в случае весьма «качественных» расследования и рассмотрения уголовного дела. Ситуацию, при которой в суде не может появиться новых доказательств, свидетельствующих о наличии иных соучастников, иных эпизодов преступного деяния или необходимости переквалификации преступного деяния, в том числе на более тяжкое, можно представить только в одном из двух случаев (а чаще всего при их одновременном наличии): а) при незаконных методах ведения следствия, физическом или психическом давлении на обвиняемого (когда он просто вынужден сразу и полностью сообщить все сведения); б) при отсутствии надлежащего судебного следствия, когда стороны «дремлют» при его проведении, а суд ограничивается монотонным оглашением материалов предварительного расследования, а затем «штампует» приговор, просто-напросто переписывая обвинительное заключение. Если же исходить из некоего почти «идеального процесса», то мы столкнемся с совершенно иной картиной: вежливый и соблюдающий закон следователь лишь бесстрастно фиксирует показания участников процесса, в том числе, допустим, застигнутого на месте преступления обвиняемого, умолчавшего о своих «сообщниках», после чего стороны в подлинно состязательном судебном разбирательстве подвергают тех же участников процесса тщательному допросу, «ловят» их на противоречиях и т. д., в результате чего в ходе судебного следствия совершенно нормальным является появление новых фактов (допустим, о «сообщниках»), ранее следствию неизвестных и не могущих быть известными (обвиняемый, не подвергаемый никакому насилию и не испытывающий ревностного усердия следователей, о них просто-напросто не сообщил). Разве не к такому процессу стремимся все мы, в том числе те, кто ратует за упразднение института дополнительного расследования? При чем здесь тогда «некачественное предварительное расследование»? Строго говоря, существует закономерность совершенно иного рода: чем более цивилизованным является предварительное расследование, тем больше неожиданностей сулит судебное разбирательство (при условии, конечно, что оно в свою очередь является вполне «цивилизованным»). И эти «неожиданности» нельзя вменять следователю в вину, если мы не хотим, чтобы он превратился в «инквизитора». Итак, ясно, что обозначенные выше проблемы объективны, не всегда связаны с «некачественным» предварительным расследованием и не могут решаться посредством таких институтов как недопустимость доказательств и оправдательный приговор. Именно по этой причине здесь требуются специальные процессуальные механизмы, одним из которых стал в свое время институт возвращения уголовного дела на дополнительное расследование.

В) Институт возвращения уголовного дела на дополнительное расследование как один из возможных процессуальных механизмов решения обозначенных проблем

Институт дополнительного расследования был исторически создан во французском уголовном процессе для решения, как ни странно, только третьей из обозначенных проблем (неустраняемая в ходе судебного следствия неполнота следствия предварительного), хотя, как представляется, именно эта проблема является технически наименее острой, к чему мы еще вернемся. Как бы то ни было, но в знаменитом наполеоновском Кодексе уголовного следствия 1808 г. появился институт так называемого *supplément d'information*, наименование которого и было в свое время буквально переведено на русский язык как «дополнительное следствие» или «доследование». В настоящее время институт *supplément d'information* регулируется ст. 283 и 284 действующего УПК Франции 1958 г., воспринявшего наполеоновскую конструкцию. Здесь сказано, что в ходе действий по подготовке судебного разбирательства председательствующий в суде ассизов судья вправе, «если следствие представляется ему неполным или если после его окончания обнаружилось новые обстоятельства... распорядиться о проведении любых следственных действий, которые он сочтет необходимыми» (абзац 1 ст. 283). Эти действия «производятся либо самим председательствующим, либо одним из ассессоров (одним из двух профессиональных членов суда ассизов, ассистирующих председательствующему – Л. Г.), либо следственным судьей, которому направляется соответствующее поручение». При этом действия производятся по правилам главы I раздела III книги I УПК, то есть по правилам производства предварительного следствия (абзац 2 ст. 283). Полученные «в ходе дополнительного следствия протоколы и другие материалы или документы направляются секретарю суда и приобщаются к материалам дела. Они доводятся до сведения прокурора и сторон, которые уведомляются об их приобщении секретарем суда» (абзацы 1 и 2 ст. 284).

При этом необходимо обратить внимание на следующее важнейшее обстоятельство: дело при производства дополнительного следствия во французском уголовном процессе остается в производстве суда, то есть оно никому не возвращается. Даже если производство дополнительного следствия поручается следственному судье, последний действует на основании конкретных поручений суда, ни в коей мере не получая вновь в свое распоряжение все материалы дела. В этом смысле тезис о том, что «возвращение уголовного дела судом для дополнительного расследования не практикуется в развитых демократических странах, в том числе государствах романо-германской правовой семьи», справедлив лишь в том смысле, что там не практикуется возвращение дела на дополнительное расследование, хотя само дополнительное расследование не только практикуется, но и концептуально зародилось в одном из таких государств (Франция). Отсутствие необходимости «возвращать» во Франции дело на дополнительное расследование объясняется тем, что этот институт решает лишь проблему устранения неполноты предварительного следствия, причем неполноты «конкретной» и «точечной» (именно по этой причине во Франции не возникли и не могли возникнуть советские «побочные эффекты» дополнительного расследования).

Для решения других из указанных выше проблем институт дополнительного расследования (*supplément d'information*) во Франции не применяется – для этого там существуют иные процессуальные механизмы, к которым мы еще вернемся далее. Впрочем, сразу заметим, что концепция возвращения дела следственным органам также уходит корнями во французский уголовный процесс. Не вдаваясь в различные детали ее исторической эволюции, ныне данную концепцию можно обнаружить, скажем, в ст. 385 действующего УПК Франции (абзац 2), согласно которой суд вправе в некоторых случаях при обнаружении нарушений уголовно-процессуального закона, влекущих недействительность процессуальных действий (*nullités des procédures*), «вернуть дело соответствующему прокурору, что дает последнему возможность вновь передать его в производство следственного судьи для устранения выявленных нарушений». Но, строго говоря, во французском уголовном процессе концепция «дополнительного следствия» (*supplément d'information*) не имеет никакого отношения к концепции «возвращения дела

следственному судье для устранения нарушений закона» (régularisation de la procédure) – речь идет о разных процессуальных механизмах. Во Франции они никогда не сливались в единый институт «возвращения дела на доследование», хотя для постсоветского юриста, привыкшего к процессуальной системе, где они, забегаая вперед, соединились в едином институте, отождествление двух разных французских концепций представляется едва ли не естественным. Ясно также, что механизм «возвращения дела следственному судье для устранения нарушений закона» отличается от механизма «дополнительного следствия», помимо прочего, по целевому критерию – они созданы для решения разных процессуальных проблем, одной из которых является проблема существенных нарушений уголовно-процессуального закона (для ее решения собственно дополнительное следствие не требуется – достаточно только «возвращения»), а другой – проблема восполнения пробелов предварительного следствия (для ее решения как раз требуется доследование).

Оставляя пока в стороне французские механизмы устранения существенных нарушений уголовно-процессуального закона и принимая во внимание только «дополнительное следствие» в строгом смысле слова, нельзя также не обратить внимание на явный недостаток французской конструкции «дополнительного следствия». Если считать, что легитимные пробелы предварительного следствия, не связанные с его некачественным проведением, могут возникать лишь в результате неожиданного хода окончательного (судебного) следствия, что мы и обозначили в качестве «третьей проблемы», то французское «дополнительное следствие» не является удовлетворительным способом их устранения, поскольку его можно провести только до начала судебного следствия (в ходе подготовительных действий к главному судебному разбирательству). В такой ситуации оно, действительно, выглядит не столько средством решения объективных технических проблем, сколько способом элементарного восполнения огрехов предварительного следствия, то есть результатом его некачественного проведения. Отечественный вариант «дополнительного расследования» сложился отнюдь не при советской власти, как иногда принято думать, а в российском дореволюционном праве, причем сложился он путем не механического заимствования французской конструкции *supplément d'information*, а путем ее заимствования творческого.

С одной стороны, вопрос о том, «принадлежит ли суду или его председателю, в период подготовительных распоряжений, власть дополнения предварительного следствия и производства исследований, необходимых для выяснения необходимости такого дополнения», серьезно волновал российских законодателей, правоприменителей и ученых, которым было прекрасно известно об утвердительном ответе на данный вопрос столь модного тогда французского права. При этом Устав уголовного судопроизводства (далее УУС) 1864 г. прямого ответа на поставленный вопрос не давал, в чем И. Я. Фойницкий видел «молчание умышленное», объяснявшееся пониманием того, что суд не должен «превращаться в следователя», хотя и отмечал имевшиеся «по этому вопросу» колебания «в практике». Иными словами, российское дореволюционное право формально не допускало возможности восполнения пробелов предварительного следствия путем производства «следствия дополнительного» по французскому образцу при том, что сама идея к тому моменту уже прочно проникла в сознание юристов, о чем можно судить как по ее доктринальному обсуждению, так и по «колебаниям» судебной практики, отмеченным И. Я. Фойницким.

С другой стороны, российский дореволюционный уголовный процесс все-таки использовал идею «дополнительного следствия», в том числе сугубо терминологически, но не совсем в том ракурсе, в котором она использовалась процессом французским. Использовал он ее в двух случаях.

Во-первых, при осуществлении контроля за предварительным следствием в стадии предания суду, предшествовавшей, как известно, «подготовительным к суду распоряжениям», о которых мы только что упоминали, соответствующие судебные

органы имели «право обращать дело к доследованию или дополнению, причем распоряжения этого рода делаются или по собственному их усмотрению, или по жалобе участвующих в деле лиц». Если обратиться непосредственно к тексту УУС, то речь идет о ст. 534, которая гласила: «Признав следствие достаточно полным и произведенным без нарушения существенных форм и обрядов судопроизводства, Палата (Судебная палата – Л. Г.) постановляет окончательное определение о предании суду или о прекращении дела, а в противном случае обращает его к доследованию (курсив наш – Л. Г.) или законному направлению». Именно данной норме советская и постсоветские уголовно-процессуальные системы обязаны двумя хрестоматийными терминами: доследование и существенные нарушения уголовно-процессуального закона, причем первый термин в чистом виде сохранился скорее в качестве профессионального жаргона, а второй представляет собой современный вариант «существенного нарушения обрядов и форм судопроизводства».

Во-вторых, решая «вопрос о пределах допустимости изменения обвинения в судебном следствии» - вопрос, как мы уже отмечали, классический, который неизбежно встает перед любой процессуальной системой (как, впрочем и вопрос о «существенных нарушениях») и который мы выше обозначили в качестве «второй проблемы», российское дореволюционное право отвергло и французский, и германский варианты его решения. Оно сконструировало собственный вариант, смысл которого схематично сводился к более жесткому, чем во Франции или даже в Германии, регулированию института пределов судебного разбирательства, когда «о преступном деянии, не предусмотренном в обвинительном акте, но обнаруженном при судебном следствии, вопросы не предлагаются, если оно по закону подвергает наказанию более строгому, чем деяние, в том акте определенное» (ст. 752 УУС). Но при этом такая жесткость неизбежно (иначе суд был бы «загнан» в процессуальный тупик) компенсировалась тем, что «в случае, указанном в предшедшей (752) статье, дело обращается вновь к предварительному следствию (курсив наш – Л. Г.), если это окажется нужным, и к составлению обвинительного акта по всем преступным действиям подсудимого» (ст. 753 УУС).

Странно, что современные исследователи, анализируя «законодательство Царской России», упоминают только ст. 512 УУС, действительно, не имеющую никакого отношения к возвращению дела на доследования судом, совершенно оставляя без внимания и ст. 534 УУС, и ст. 753 УУС. Если говорить о последней (ст. 753), то, наверное, такое невнимание можно объяснить тем, что данная норма расположена в законе не совсем в том месте, где располагались и продолжают располагаться нормы о возвращении дела на дополнительное расследование советских и постсоветских УПК. Что же касается ст. 534 УУС, расположенной совсем «недалеко» от ст. 512 УУС, то ее «забвение» для нас вовсе необъяснимо.

Таким образом, составители Судебных уставов 1864 г. соединили воедино две французские концепции, не составившие в самой Франции единого института: концепцию «доследования» и концепцию «возвращения» дела следственным органам. В результате, постепенно возник институт возвращения уголовного дела на дополнительное расследования (точнее – следствие), сконструированный, как видно, отнюдь не советской властью, обладавшей для этого крайне малым потенциалом в области правотворчества, особенно на заре своего существования. Другой вопрос в том, что в период действия Устава уголовного судопроизводства родилась, в том числе сугубо терминологически, скорее юридическая конструкция возвращения уголовного дела на дополнительное расследование, но не институт в строгом смысле, если под институтом понимать специально организованную совокупность правовых норм. В то время нормы о «доследовании» систематизированы не были, свидетельством чему является рассредоточенность отдельных оснований «возвращения дела на доследование» по различным разделам УУС, что не способствовало доктринальной разработке проблемы

дореволюционными исследователями (скажем, на уровне специальных статей или монографий) и не облегчает ее понимание исследователями современными.

Что касается «советской власти», то она только довела «работу» до конца, соединив на уровне отдельного правового института витавшую в свое время в России «в воздухе» французскую идею дополнительного следствия в случае обнаружения уже в ходе судебного разбирательства неполноты следствия предварительного с сугубо российской концепцией «возвращения» дела на «доследование» при обнаружении такой «неполноты» в стадии предания суду, а также при обнаружении существенных нарушений уголовно-процессуального закона и при необходимости расширения пределов судебного разбирательства. Данный единый институт «доследования» был в советское время не только сконструирован доктринально, но и законодательно закреплён, что позволило советской уголовно-процессуальной науке с ее сугубо комментаторскими традициями «шлифовать» его до бесконечности. При этой «шлифовке», разумеется, нельзя было упоминать ни «буржуазное» происхождение самой концепции, ни ее не менее «буржуазные» сравнительно-правовые корни. В результате, у многих возникла иллюзия советского происхождения идеи «доследования» или, иначе говоря, института возвращения дела на дополнительное расследование. Возникновение при этом именно в советскую эпоху всевозможных «побочных эффектов» применения данного института, что связано с общим советским «антиправовым духом» и умением извратить в угоду политическим интересам любую, даже самую нейтральную, юридическую конструкцию, выше мы уже отмечали и вновь на этом останавливаться смысла не видим.

Таким образом, генезис интересующего нас института много более сложен, чем это может показаться на первый взгляд, и отнюдь не во всем связан с «советским влиянием». Более того, много более глубока и техническая укорененность данного института в постсоветских уголовно-процессуальных системах, что не позволяет избавиться от него так же легко, как обычно избавляются при изменении политического строя от «идеологической пены».

Обратим внимание на еще одно обстоятельство: в современном казахстанском уголовном процессе в результате его реформирования в постсоветский период исчезло системообразующее для института «дополнительного расследования» основание его проведения – основание, как мы помним, исторически французского происхождения: неустраняемая в судебном разбирательстве неполнота предварительного расследования. Строго говоря, именно это основание технически является наиболее спорным, поскольку, хотя оно и привело в свое время во Франции к появлению самой идеи «дополнительного следствия», оно применялось и применяется во французском уголовном процессе как раз там, где не слишком нужно – на этапе подготовительных действий к судебному разбирательству, то есть еще до начала судебного следствия. В то же время если суд сталкивается с обозначенной нами выше «третьей проблемой», то происходит это в ходе судебного следствия, когда использование дополнительного следствия во Франции уже исключено. Кроме того, если абстрагироваться от французского уголовного процесса, третья проблема, в принципе, возникает крайне редко, поскольку при желании в ходе судебного следствия можно решить фактически любую задачу по поиску доказательственной информации, особенно в тех случаях, когда такая информация не связана с некачественным проведением предварительного расследования (восполнение недостатков предварительного расследования мы, напомним, а priori отвергли как «неблаговидную» процессуальную задачу). Пожалуй, единственный случай, заслуживающий здесь внимания, – это разрешение судом заявленного сторонами ходатайства о вызове в суд свидетеля при невозможности указать его персональные данные. Но, строго говоря, нормальная процессуальная система должна реагировать на эту ситуацию не институтом возвращения дела на дополнительное следствие, а наличием у суда технической возможности направить в полицию или, скажем, службу судебных приставов запрос с просьбой выяснения необходимых суду данных, в том

числе персонального характера, или с требованием суда провести необходимые розыскные меры.

Как бы то ни было, но парадокс заключается в том, что единственное основание дополнительного следствия в строгом смысле слова, которое встречается в западных уголовно-процессуальных системах (своего рода «классическое» основание), в Казахстане более не существует, и в связи с его отменой, насколько известно, практика не испытывает непреодолимых проблем, тогда как оставшиеся основания возвращения дела на дополнительное расследование, предусмотренные ст. 303 УПК РК, на Западе если и встречаются, то, как правило, в ином «обличье» (вспомним ту же ст. 385 УПК Франции) и в очень ограниченных пределах, что, в результате, не приводит там к появлению какого-либо специального института «возвращения дела на дополнительное расследование».

В подобной ситуации нет более смысла останавливаться на проблеме восполнения данных предварительного расследования путем проведения расследования дополнительного, поскольку такой возможности в Казахстане более нет. Есть смысл остановиться на оставшихся в ст. 303 УПК РК основаниях возвращения дела на дополнительное расследование, с помощью которых в казахстанском уголовном процессе решаются две другие из обозначенных нами проблем. И основной из возникающих здесь вопросов сводится к тому, какими еще процессуальными способами (кроме возвращения дела на доследование) можно решать указанные проблемы? Наличие таких способов а priori не вызывает сомнений, поскольку сами проблемы являются объективными, возникают повсеместно (во всех странах) и фактически нигде (кроме постсоветского пространства) не приводят к процессуальной институционализации «возвращения дела на дополнительное расследования», по крайней мере, в столь широких масштабах.

Г) Иные возможные процессуальные механизмы решения обозначенных проблем

Напомним, что действующее уголовно-процессуальное законодательство Казахстана использует институт возвращения уголовного дела на дополнительное расследование в качестве процессуального механизма реагирования на две проблемы, которые мы выше неоднократно называли проблемами «классическими»: 1) наличие существенных нарушений уголовно-процессуального закона, препятствующих назначению и (или) проведению главного судебного разбирательства (п. 2 ст. 303 УПК РК); 2) необходимость расширения пределов производства по уголовному делу по кругу фактов (*in rem*), по кругу лиц (*in personam*) или в связи с изменением квалификации деяния на более тяжкое или существенно отличающееся от первоначального. Поскольку речь идет о разных проблемах (они объединены здесь, по советской традиции, в едином институте не в силу одинаковой процессуальной природы, а в силу одинакового механизма реагирования), то и рассматривать в сравнительно-правовой плоскости их следует отдельно друг от друга.

I. Проблема существенных нарушений уголовно-процессуального закона

Прежде всего, следует отметить, что данная проблема является характерной только для тех процессуальных систем, где имеется детальное и сплошное процессуальное регулирование на уровне т. н. «предварительных стадий» уголовного процесса. Иначе говоря, она характерна только для континентального уголовного процесса. В англосаксонском уголовном процессе сама постановка вопроса о «существенных нарушениях» не имеет смысла, поскольку здесь нет уголовно-процессуальных кодексов, а регулирование «досудебной» (полицейской) деятельности происходит только в связи с применением мер, ограничивающих свободу, или действий, затрагивающих фундаментальные права личности. В случае нарушения полицией закона либо лицо

просто-напросто подлежит освобождению из-под стражи (в первом случае), либо доказательство может быть признано недопустимым (во втором случае). Никаких других сложных процессуальных конструкций типа «возбуждения уголовного дела», «привлечения в качестве обвиняемого», «ознакомления с материалами дела» в англо-американском уголовном процессе нет и быть не может, поэтому нет и института «существенного нарушения уголовно-процессуального закона» в ходе досудебного производства. Англосаксонский уголовный процесс вовсе не решает интересующую нас проблему и поэтому не должен быть в данном аспекте предметом сравнительного анализа.

Что касается континентального уголовного процесса, где проблема «существенных нарушений» возникает, причем возникает неизбежно, то сравнительно-правовой анализ показывает, что «альтернативные» возвращению дела на доследование процессуальные механизмы находятся в плоскости судебного контроля в стадии предварительного расследования. Можно сказать, что возвращение дела на доследование по интересующему нас основанию обратно пропорционально развитому и инстанционно разветвленному судебному контролю за органами предварительного расследования: чем более развит в той или иной стране судебный контроль, тем меньше у нас шансов увидеть в соответствующей процессуальной системе какие-либо аналоги, пусть даже отдаленные, «возвращения дела на доследование в связи с существенными нарушениями уголовно-процессуального закона».

Проиллюстрируем высказанное теоретическое соображение на примере французского уголовного процесса, который для нас тем более важен и интересен, что именно в нем зародились концепция «доследования» и концепция «возвращения дела следственному судье» и именно в нем даже последняя на данном этапе почти не используется для устранения существенных нарушений уголовно-процессуального закона (первая не использовалась никогда).

Как известно, во Франции предварительное следствие производит представитель судебной власти – следственный судья. Его действия и решения могут пересматриваться в инстанционном порядке – т. н. «следственной камерой апелляционного суда», состоящей из трех судей апелляционного суда. Решения следственной камеры в свою очередь могут обжаловаться в кассационном порядке в высший судебный орган страны – Кассационный суд. Иными словами, если не вдаваться в детали, порядок пересмотра действий и решений следственного судьи мало чем отличается от порядка пересмотра иных судебных решений, скажем, приговоров. При этом стороны вправе, во-первых, обжаловать в следственную камеру ключевые решения следственного судьи, а, во-вторых, ставить перед следственной камерой вопрос о недействительности действий следственного судьи (*nullités des procédures*), если он, по мнению сторон, нарушил закон при их производстве. Очень важно, что, в конечном итоге, нарушения закона при производстве предварительного следствия могут быть предметом специального рассмотрения Кассационного суда, то есть они не только не остаются без правовых последствий, но и иногда имеют самые серьезные последствия для всей правовой системы. В такой ситуации у сторон (имея в виду также прокурора), а также у самого следственного судьи (если он, допустим, получил дело из полиции или от своего коллеги с процессуальными нарушениями) есть все возможности оспорить существенные нарушения уголовно-процессуального закона, добившись аннулирования соответствующих действий и исправления допущенных ошибок, еще до окончания предварительного следствия. Наличие у участников процесса столь широких возможностей отстаивать свои права в ходе предварительного следствия позволяет законодателю сформулировать логичное и вполне оправданное правило: после окончания следственных действий и получения соответствующего уведомления следственного судьи стороны имеют 20 дней на направление жалоб и ходатайств, в том числе в следственную камеру (они могут, конечно, направлять их и раньше, но здесь речь идет о последней возможности), и если они данным правом не воспользовались, то

лишаются права ссылаться в дальнейшем на существенные нарушения закона, допущенные в ходе предварительного следствия. Таким образом, когда суд получает дело для рассмотрения по существу, то либо вопрос о «существенных нарушениях» уже был отдельно решен следственной камерой апелляционного суда или даже Кассационным судом (вышестоящими по отношению к суду первой инстанции судебными инстанциями), либо он никем не ставился и больше обсуждаться не может. В любом случае у суда в данной ситуации нет и не может быть никаких препятствий для рассмотрения дела, как нет и не может быть никакой необходимости возвращать дело на дополнительное следствие «в связи с существенными нарушениями закона». Совершенно закономерно, что единственным случаем, когда во французском уголовном процессе ныне возникает проблема, связанная с возможностью возвращения дела в производство следственных органов в связи с существенными нарушениями уголовно-процессуального закона, являются дела, где не проводилось предварительное следствие, поскольку в такой ситуации стороны не располагали эффективными средствами судебного контроля. Именно данная ситуация имеется в виду в уже цитировавшейся нами ст. 385 УПК Франции, где речь идет о делах об уголовных проступках, при производстве по которым предварительное следствие не является обязательным. По этому поводу во французской доктрине ведется много споров, но, не вдаваясь в детали, отмечается, что тенденция, безусловно, направлена на то, чтобы ограничить право судов, рассматривающих дело по существу, осуществлять контроль за нарушениями уголовно-процессуального закона, допущенными в ходе предварительного производства. Такой контроль либо должен осуществляться в ходе предварительного следствия до его окончания (по сложным делам), либо он должен быть вовсе ограничен ввиду малозначительности дела, ускоренности уголовного процесса и отсутствия угрозы применения строгих наказаний.

Таким образом, системный анализ французского уголовно-процессуального законодательства позволяет без особого труда обнаружить причину, по которой французский уголовный процесс не нуждается в «возвращении уголовного дела на доследование в связи с существенными нарушениями уголовно-процессуального закона». Этой причиной является развитая система судебного контроля, имеющего инстанционный характер. Она позволяет снять проблему «существенных нарушений» еще до поступления дела в суд для его рассмотрения по существу, никоим образом не ущемляя при этом, что очень важно, права участников процесса.

II. Проблема необходимости расширения пределов производства по уголовному делу

Ситуация, при которой суд в ходе или по итогам судебного следствия сталкивается, в том числе в результате активной деятельности сторон, с необходимостью расширения обвинения по кругу лиц (установлены новые соучастники), по кругу фактов (установлены новые преступные эпизоды) или сталкивается с необходимостью переквалификации деяния, допустим, на более тяжкое, как мы уже отмечали, универсальны. И здесь наблюдается следующая процессуальная закономерность: наличие или отсутствие института возвращения дела по данному основанию на дополнительное расследование будет определяться жестким или мягким подходом к другой процессуальной категории – категории пределов судебного разбирательства. При жестком к ней подходе появление института возвращения дела на «доследование» или его разнообразных аналогов фактически неизбежно, тогда как при мягком подходе данного института вполне можно избежать. В этом смысле совершенно закономерно, что появление ст. 753 УУС в российском дореволюционном уголовном судопроизводстве было обусловлено формированием весьма жесткого отношения к пределам судебного разбирательства, что само по себе было вызвано самими благими намерениями – заботой о правах защиты. Но «оборотная сторона медали» в виде «возвращения дела на доследование» в такой ситуации неизбежна. Впрочем, даже российское дореволюционное право испытывало

колебания по поводу степени «жесткости» пределов судебного разбирательства, в частности в вопросе о квалификации: «...если дело идет... об изменении юридической квалификации, то, как толкует наша практика, следуя французскому праву, обвинение может быть рассмотрено при окончательном производстве; однако ст. 753 и здесь может быть применена по аналогии в случае более тяжких изменений квалификации, так как такое изменение обвинения противоречит обвинительному началу, принятому нашим процессом...». Опять-таки закономерно, что забота об «обвинительном начале» приводит здесь к расширению оснований для «возвращения дела на доследование» по ст. 753 УУС, что, строго говоря, противоречит тому же «обвинительному началу», но уже в другой плоскости. В этой ситуации нет и не может быть идеального решения – каждая процессуальная система решает данную дилемму по-своему, но любой вариант легко критикуем, причем с одинаковых позиций (право на защиту, «обвинительное начало» и т. д.).

Со сравнительно-правовой точки зрения, долго считалось, что «жесткого» подхода к пределам судебного разбирательства придерживается английское право. Но, во-первых, «вследствие многочисленных неудобств пришлось отступить от соблюдения этого [правила] во всей строгости» еще в XIX столетии. Во-вторых, английский процесс знает институт «отзыва обвинения», который не следует путать с «отказом от обвинения». При отзыве обвинения «обвинитель просит суд не рассматривать дело», что «оставляет ему возможность предъявить впоследствии новое обвинение». Несмотря на то, что терминологическое обозначение данного института «разнится в зависимости от судебного органа, в котором рассматривается дело», а «судебная практика испытывает колебания по вопросу о том, в какой момент процесса обвинитель должен получить согласие суда» на отзыв обвинения, ясно, что данный английский институт по сути мало чем отличается от «возвращения дела на доследование по ходатайству стороны обвинения». Отличия здесь сугубо терминологические, но функционально речь идет об одном и том же.

Французский уголовный процесс является хрестоматийным примером «мягкого» или «гибкого» отношения к пределам судебного разбирательства. Во-первых, согласно французской концепции, окончательная квалификация деяния, то есть его юридическая оценка, является прерогативой судебной власти, а не следственных органов. В такой ситуации, допустим, суд, рассматривающий дело об уголовных проступках (т. н. «исправительный суд»), вправе квалифицировать деяние по любой статье УК, предусматривающей т. н. «исправительные наказания», т. е. наказания за проступки. Если он по итогам судебного разбирательства придет к выводу, что речь идет об уголовном правонарушении, то также самостоятельно квалифицирует деяние и назначает наказание за правонарушение (ст. 466 УПК Франции). Единственная проблема возникает тогда, когда суд считает, что лицо совершило не проступок и правонарушение, а преступление, заслуживающее одного из самых строгих наказаний. Дела о преступлениях подсудны не «исправительному суду», а суду ассизов (суд более высокого уровня), поэтому исправительный суд в такой ситуации может лишь направить дело прокурору для осуществления по нему производства, предусмотренного по делам о преступлениях, что в итоге может повлечь начало предварительного следствия и отдаленно напоминает «возвращение дела на доследование». Впрочем, если в деле участвует потерпевший и его адвокат, то исправительный суд в таком случае обязан рассмотреть дело самостоятельно, то есть он становится компетентен квалифицировать деяние как преступление и назначать соответствующее наказание (ст. 469 УПК Франции в редакции Закона от 9 марта 2004 г.). Во-вторых, хотя теоретически считается, что суд принимает дело к производству в отношении только тех лиц, которые преданы суду, и только тех фактов, которые вменяются им в вину (безотносительно к их квалификации), существуют разнообразные процессуальные механизмы, позволяющие смягчить данное ограничение при обнаружении в ходе судебного следствия новых фактов и новых лиц без отправления дела на дополнительное следствие или его возвращения прокурору. Одним из них является механизм т. н. «уведомления» (avertissement), предусмотренный

ст. 389 УПК Франции: если прокурор направил обвиняемому уведомление с указанием нарушения уголовного закона, после чего обвиняемый добровольно предстал перед судом, то это избавляет от необходимости совершать какие-либо иные процессуальные действия (возбуждение уголовного преследование, предъявление обвинения и т. д.). В практике данная норма толкуется расширительно, что позволяет использовать ее для расширения пределов производства по уголовному делу (как по кругу лиц, так и по кругу деяний) непосредственно в ходе судебного разбирательства : для этого прокурору достаточно устно обратиться к подсудимому с вопросом о том, согласен ли он на рассмотрение в том же процессе вновь выявленного факта. Подсудимый считается «уведомленным», после чего все зависит от его согласия – если согласие последует, то пределы производства расширяются, если - нет (в отказе для подсудимого нет никакого практического резона), то уголовное преследование по новому факту возбуждается на общих основаниях. Та же упрощенная процедура «уведомления» применяется и в отношении новых соучастников.

В целом, подобные процессуальные механизмы при всех их гипотетических недостатках позволяют французскому уголовному процессу почти полностью избавиться от института возвращения дела на доследование или даже возвращения дела прокурору по интересующему нас основанию. Некие аналоги «возвращения дела на доследование» применяются лишь в тех редчайших случаях, когда расширить пределы производства иначе просто-напросто невозможно (переход с проступка на преступление при отсутствии потерпевшего или, допустим, переход с неумышленного проступка на умышленное преступление даже при наличии потерпевшего). В германском уголовно-процессуальном праве, в целом, наблюдаются схожие подходы к проблеме пределов судебного разбирательства. Подходы эти можно назвать «классическими» для континентального уголовного процесса. Во-первых, § 264 УПК Германии четко и однозначно гласит, что «суд не связан квалификацией деяния, которая дана в определении об открытии судебного разбирательства». Во-вторых, хотя в п. 1 § 265 УПК Германии говорится о том, что «подсудимый не может быть осужден на основании нормы уголовного закона, не фигурирующей в допущенном к судебному рассмотрению обвинении», далее названы два условия, позволяющие все-таки расширить пределы судебного разбирательства: 1) предупреждение подсудимого об изменении обвинения; 2) предоставление ему возможности подготовки к защите, в том числе путем отложения дела «по его ходатайству». Условия эти являются хрестоматийными для германского уголовного процесса (на них в свое время обращал внимание еще И. Я. Фойницкий). Стоит ли тогда удивляться, что в германском уголовном процессе мы не обнаружим нормы, аналогичной п. 1 ст. 303 УПК РК?

Д) Существуют ли «иные процессуальные механизмы» в Казахстане и каковы последствия упразднения института возвращения уголовного дела для дополнительного расследования?

Здесь опять-таки следует отделить друг от друга проблему «существенных нарушений уголовно-процессуального закона», допущенных в стадии предварительного расследования, и проблему расширения пределов судебного разбирательства.

I. Существенные нарушения уголовно-процессуального закона

Данная проблема вынуждает нас обратиться к вопросу о степени развитости судебного контроля, причем контроля инстанционного, за органами предварительного расследования в казахстанском уголовно-процессуальном законодательстве. Необходимо признать, что судебный контроль за органами предварительного расследования находится в Казахстане только в стадии зарождения, причем мы не имеем в виду здесь контроль за арестом: нас интересует контроль в случае нарушения

органами расследования любых правил и процедур, регулирующих порядок производства предварительного расследования. Даже не вдаваясь в вопрос о степени эффективности такого контроля на практике (у нас нет соответствующих данных), достаточно всего лишь обратиться к статье 109 УПК РК, чтобы понять, что судебный контроль допущен в казахстанское досудебное производство в очень малой степени. Так, с одной стороны, лицо вправе непосредственно обратиться в суд с жалобой на процессуальные действия, затрагивающие его права и интересы (п. 1 ст. 109 УПК РК). Но, с другой стороны, обжалование возможно лишь в течение месяца с момента получения отказа прокурора в удовлетворении жалобы либо не ранее чем через месяц после подачи жалобы, «если на нее не был получен ответ» (п. 2 ст. 109 УПК РК). Как эти нормы соотносятся между собой? Значит ли это, что лицо должно выбирать, к кому обращаться, и, если оно по наивности обратилось к прокурору, то затем месячное «прокурорское молчание» будет блокировать для него какой бы то ни было доступ в суд? Более того, за это время срок расследования вообще может истечь, после чего «жалобы по делу направляются непосредственно в суд», куда оно поступило для рассмотрения по существу (ч. 3 ст. 284 УПК РК). И что в такой ситуации должен сделать суд первой инстанции, если спор касается процедуры предъявления обвинения или ознакомления с материалами уголовного дела? Видимо, только одно – вернуть дело на дополнительное расследование. Если же мы лишим суд и такой возможности, то наш вопрос окончательно «повиснет в воздухе» (на него просто не будет ответа).

Кроме того, казахстанский закон не предполагает полностью инстанционного судебного контроля, поскольку решение райсуда может быть лишь обжаловано в областной или приравненный к нему суд (п. 5 ст. 109 УПК РК). Дальнейшее обжалование, скажем, в надзорной инстанции, здесь не предусмотрено, то есть Верховный суд РК лишен возможности корректировать своими решениями явные недостатки применения уголовно-процессуального закона в досудебных стадиях уголовного процесса (ст. 459 УПК РК даже не предусматривает никакого основания отмены решений в порядке надзора, которые напрямую касались бы законности или незаконности досудебного производства).

Можно ли данный вариант судебного контроля считать столь же удовлетворительной альтернативой институту возвращения уголовного дела на «доследование» в связи с существенными нарушениями уголовно-процессуального закона, как в той же Франции? Вопрос риторический. В такой ситуации отмена на данном этапе развития казахстанского уголовно-процессуального законодательства п. 2 ст. 303 УПК РК просто-напросто опасна. В некоторых случаях данная норма является единственным реальным правовым последствием нарушения органами предварительного расследования уголовно-процессуального закона, в том числе со стимулирующей точки зрения (не секрет, что нередко соблюдение ими закона обусловлено исключительно нежеланием возвращения им судом дела по данному основанию). В случае ее исчезновения и при нынешней «аморфности» судебного контроля многие нарушения уголовно-процессуального закона будут просто-напросто оставаться без последствий или приведут к гипертрофированной роли прокурора, который полностью заменит в такой ситуации судью.

Другое дело, что вектор развития казахстанской уголовно-процессуальной доктрины и законодательства должен быть направлен не на укрепление института возвращения дела на дополнительное расследование в связи с существенными нарушениями уголовно-процессуального закона (это временный и несколько устаревший механизм «сдерживания»), а на развитие полноценного инстанционного судебного контроля в стадии предварительного расследования. С его обретением появится возможность закрепить в законе норму о том, что если стороны не поставили перед соответствующим судом до окончания предварительного расследования вопрос о законности или незаконности тех или иных действий или решений, то в ходе судебных стадий уголовного процесса данная проблема уже обсуждаться не может. В свою очередь закрепление такой нормы даст возможность преодолеть проблему «существенных нарушений»

уголовно-процессуального закона и, следовательно, теоретически обоснованно отменить п. 2 ст. 303 УПК РК.

II. Пределы судебного разбирательства

Здесь все предельно ясно: наличие или отсутствие в казахстанском уголовно-процессуальном законе п. 1 ст. 303 УПК РК полностью зависит от ст. 320 УПК РК, регулирующей институт пределов судебного разбирательства.

Казахстанский уголовный процесс воспринял советский подход с его максимально «жесткими» пределами судебного разбирательства и абсолютной принципиальной невозможностью их расширения непосредственно в стадии судебного разбирательства *in defavorem* (в сторону ухудшения положения защиты), включая квалификацию. Никаких специальных механизмов расширения пределов судебного разбирательства в германо-французском духе казахстанский уголовный процесс не предусматривает. Сам по себе этот подход, окончательно сформировавшийся в советский период, но уходящий корнями в дореволюционные дискуссии, весьма симпатичен и легко объясним с точки зрения интересов защиты. Но он имеет неизбежный «побочный эффект» - сохранение института направления дела на «доследование» в порядке п. 1 ст. 303 УПК РК. Отказ при таком подходе от п. 1 ст. 303 УПК РК будет означать элементарный «коллапс» судебной системы, поскольку судья лишится каких-либо процессуальных средств реагирования на новые данные, полученные в ходе судебного следствия. У судьи в данной ситуации просто-напросто не будет стимулов к проведению нормального, творческого и непредсказуемого судебного следствия. Что он должен делать, если подсудимый или свидетель вдруг заговорили о «чем-то не о том», о чем они говорили следователю, и грабеж на самом деле является разбоем? Оправдывать только потому, что реальное деяние является более тяжким, а государственный обвинитель оказался искуснее следователя? Давать деянию заведомо неправильную квалификацию, то есть проявлять непрофессионализм, обрекая приговор на отмену по п. 4 ст. 412 УПК РК? Оправдывать за грабеж, оставляя при этом возможность органам уголовного преследования возбудить новое дело за разбой? К чему это приведет? К полному дезавуированию института оправдательного приговора? К тому, что любого оправданного можно теперь ждать у выхода из зала суда с наручниками, сообщая ему, что «мы всего лишь ошиблись с квалификацией» и теперь дело «возбуждено за то же деяние, но по новой статье»? Все эти варианты (особенно последний) абсолютно катастрофичны для любой уголовно-процессуальной системы. Они подрывают ее логику и фундаментальные принципы.

Здесь альтернатива одна: или вводить механизмы расширения пределов судебного разбирательства непосредственно в ходе последнего, отказываясь от «симпатичной» ст. 320 (п. 1 и 2) УПК РК советского происхождения, что позволит постепенно сужать сферу применения пункта 1 ст. 303 УПК РК и, быть может, впоследствии отменить его полностью, или сохранить *status quo*, то есть оставить и нынешнюю редакцию нормы о пределах судебного разбирательства, и право суда вернуть дело на дополнительное расследование по п. 1 ст. 303 УПК РК. Решение данной дилеммы есть всего лишь вопрос выбора «худшего из зол».

В целом, казахстанское уголовно-процессуальное законодательство на сегодняшний день не содержит условий для отказа от ст. 303 УПК РК в ее нынешней редакции. Упразднение института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование при отсутствии таких условий представляется неоправданным и опасным, в том числе с точки зрения прав личности. В то же время если появление одного из двух необходимых условий (эффективная система судебного контроля) является безусловным ориентиром дальнейшего развития уголовного процесса Казахстана (причем безотносительно к интересующей нас проблеме), то необходимость создания второго условия («гибкие» пределы судебного разбирательства) сама по себе не

является очевидной и должна подвергнуться тщательному обсуждению. В зависимости от итогов обсуждения и станет ясно, требуется ли отказываться от института «возвращения дела на дополнительное расследование» полностью или оптимальным вариантом является лишь ограничение оснований для его применения.

Ноябрь 2008 г.