

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

**Анализ концептуальных положений проекта Закона Республики
Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые
законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования
уголовного процесса»**

Настоящий анализ подготовлен на основании имеющихся в распоряжении автора материалов: Концепции к проекту Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса» (далее – Концепция), Сравнительной таблицы к проекту Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса» (далее – Сравнительная таблица), а также двух подготовленных в качестве пояснения к законопроекту презентаций (power point), посвященных регистрации сообщений о преступлениях в журнале криминальных сообщений и формам досудебного расследования.

В то же время следует отметить, что при подготовке анализа возникли некоторые трудности, связанные с имеющимися место концептуальными и терминологическими противоречиями в упомянутых выше документах, которые не позволяют иметь законченное представление о реформе. Так, например, в Концепции идет речь об упразднении понятий «следователь» и «дознатель» и об их замене новым процессуальным понятием «инспектор». В Сравнительной таблице предложен другой процессуальный неологизм – «следственный офицер» (об «инспекторе» здесь не упоминается). В одной из презентаций (о регистрации сообщений о преступлениях) наглядно представлена конструкция постановлений о регистрации сообщений о преступлении и об отказе в такой регистрации (с правом судебного обжалования), которую мы не обнаруживаем в Сравнительной таблице. Сложно сказать, объясняются ли эти (и другие) противоречия столкновением различных точек зрения при подготовке законопроекта в рамках еще не завершенной дискуссии или они отражают эволюцию взглядов авторов законопроекта (дискуссия уже преодолена). Мы никакими сведениями на этот счет не располагаем. Но методологически мы будем брать за основу данного анализа прежде всего Сравнительную таблицу, воспринимая ее по сугубо формальным причинам в качестве ключевого из законопроектных материалов. Кроме того, с нашей точки зрения, именно Сравнительная таблица содержит наиболее удачные решения в рамках отмеченных противоречий, в том числе имея в виду приведенные примеры: отказ от термина «инспектор», а также конструкций «постановление о регистрации сообщения о преступлении» и «постановление об отказе в регистрации сообщения о преступлении».

Если не вдаваться в детали, то концептуальная линия законопроекта сводится к решению **четырёх фундаментальных процессуальных проблем:**

- 1) полному переформатированию стадии возбуждения уголовного дела, которое приводит к отказу от данной стадии как таковой;

- 2) унификации нынешних дознания и предварительного следствия в рамках нового «досудебного расследования» с одновременным расширением судебного контроля за деятельностью органов, его осуществляющих;
- 3) преодолению застарелых проблем, связанных с возвращением уголовного дела для производства дополнительного расследования, что позволяет вовсе отказаться от данного института, вызывающего многочисленные нарекания;
- 4) приданию уголовному процессу большей гибкости путем введения института «соглашения о сотрудничестве», который на процессуальном сленге иногда принято именовать «делкой с правосудием».

Теперь необходимо, с одной стороны, оценить данные процессуальные идеи как таковые, а с другой стороны – выяснить, насколько технически удачно они реализованы в законопроекте.

I. Отказ от стадии возбуждения уголовного дела

Заложенную в Концепции идею отказа от так называемой «доследственной проверки», а вместе с ней и от самой конструкции стадии возбуждения уголовного дела, безусловно, следует приветствовать. Стадия возбуждения уголовного дела, с которой якобы должен начинаться уголовный процесс, представляет собой один из самых неудачных рудиментов советского уголовного процесса. На самом деле классическая континентальная схема выглядит совершенно иначе: после регистрации сообщения о преступлении открывается так называемое «**полицейское дознание**», проводимое под непосредственным контролем (надзором) прокурора. По его окончании материалы дела (собранные «полицейские доказательства») ложатся на стол прокурора, который и дает им **юридическую оценку**, в зависимости от которой либо возбуждает **публичное обвинение перед судебной властью**, либо отказывает в его возбуждении, либо применяет альтернативные меры реакции на преступления.

Оставляя пока в стороне собственно полицейское расследование (о нем далее), отметим, что законопроект полностью следует этой логике, заменяя «решение о возбуждении уголовного дела» институтом «регистрации сообщений о преступлении в журнале криминальных сообщений», а стадию возбуждения уголовного дела вместе с ее атрибутом – «доследственной проверкой» - адекватной конструкцией «**начала досудебного расследования**». Очень важно подчеркнуть, что в момент регистрации сообщения о преступлении полиция не должна давать деянию официальную юридическую оценку и выносить какое-либо связанное с этим правоприменительное решение (в духе «постановления о возбуждении уголовного дела»). В этом смысле законопроект, судя по Сравнительной таблице, не вызывает никаких нареканий.

Настораживает только, что, как уже отмечалось выше, одна из презентаций, предстающая в виде схематизированного пояснения к новой конструкции регистрации сообщений о преступлении в журнале криминальных сообщений, содержит скрытую «реставрацию» института доследственной проверки. Так, согласно презентации, дежурный офицер будет иметь право отказать в регистрации сообщения о преступлении в журнале криминальных сообщений, вынося при этом подлежащее судебному обжалованию процессуальное решение. Если же он все-таки примет решение зарегистрировать сообщение, то также будет обязан вынести процессуальное решение – постановление о регистрации сообщения и начале досудебного расследования. Подобная схема означает только одно – сохранение стадии возбуждения уголовного дела и института доследственной проверки, сопровождаемое их сугубо формальным переименованием. Действительно, после появления «повода к регистрации» полиция начнет неизбежно выяснять наличие или отсутствие оснований для регистрации сообщения, совершать проверочные действия и т. д. Постепенно данный этап процесса станет расширять свои временные рамки, наполняться новыми «проверочными действиями» и... превратится в пресловутую доследственную

проверку. Постановление о регистрации сообщения заменит нынешнее постановление о возбуждении уголовного дела, а постановление об отказе в регистрации соответственно – нынешнее постановление об отказе в возбуждении уголовного дела. Все вернется на круги своя... В этом плане не внушает также оптимизма предполагаемое Сравнительной таблицей терминологическое уточнение в ст. 7 УПК РК понятия «пояснение», которое должно создать синонимический ряд с нынешними «объяснениями», характерными именно для доследственной проверки.

В то же время в новой редакции основного текста УПК РК данные положения развития не находят, что вызывает определенный оптимизм, позволяющий рассчитывать, что реставрации доследственной проверки все-таки не произойдет. Так, опять-таки судя по Сравнительной таблице, ст. 184 УПК РК будет содержать норму об обязанности зарегистрировать каждое заявление о преступлении. **Только такой подход, где не может идти никакой речи даже о самой возможности «постановления об отказе в регистрации» сообщения о преступлении, позволит не номинально, а реально отказаться от доследственной проверки.** Мы искренне надеемся, что представленная в презентации схема, строго говоря, совершенно не соответствующая тексту законопроекта, либо устарела, либо является элементарной технической ошибкой, не отражающей волю разработчиков законопроекта.

Опираясь на отмеченный текст ст. 184 УПК РК и более не обращая внимания на неудачную схему, представленную в презентации, выделим уже не столько на концептуальном, сколько на техническом уровне несколько требующих решения проблем, порожденных реформой института возбуждения уголовного дела и не урегулированных в законопроекте:

1) Новая редакция соответствующих положений УПК РК исходит из того, что обязанность регистрации существует в отношении *заявлений о преступлении* (ст. 184), досудебное расследование производится только после регистрации *заявлений о преступлении* (ст. 194) и т. д. Однако, заявление о преступлении, как известно, не является единственным источником информации о преступлении или, говоря языком казахстанской реформы, не является единственным поводом к началу досудебного расследования, что совершенно понятно и естественно в силу принципа публичности уголовного процесса (так называемый принцип *ex officio*). Но, каков механизм начала досудебного расследования в случае появления других поводов к его началу (рапорт, сообщение в СМИ и др.), предусмотренных УПК РК? Должны ли такие поводы регистрироваться в журнале криминальных сообщений? Как при их появлении должно начинаться досудебное расследование? Все эти вопросы требуют уточнения. Иными словами, необходимо адаптировать к новой процессуальной реальности не только нормы о «заявлении о преступлении», но и весь институт поводов к началу досудебного расследования (бывшие «поводы к возбуждению уголовного дела»). Пока это не сделано.

2) В более общем плане возникает впечатление о некоторой разбалансированности новых положений пореформенного казахстанского уголовного процесса с классическими положениями и институтами, которые после реформы сохранятся в силе. Иными словами, нынешняя реформа требует более тщательной рекодификации уголовно-процессуального права, в ходе которой соответствующей ревизии и взаимной координации должны подвергнуться все уголовно-процессуальные нормы (а не только те, что формально затронуты реформой и попали в поле зрения законодателя).

Приведем один пример: предполагаемая редакция ч. 7 ст. 184 УПК РК содержит очень интересное и плодотворное положение, согласно которому пострадавшее лицо, если оно известно, должно признаваться потерпевшим с момента начала досудебного расследования. Иначе говоря, лицо должно признаваться потерпевшим сразу после регистрации его заявления в журнале криминальных сообщений, а поскольку такая регистрация в свою очередь является обязательной, то сам факт подачи заявления автоматически приводит к появлению у заявителя статуса потерпевшего. Логика

реформаторов здесь безупречна. Непонятно другое: почему в таком случае не подверглась ревизии ст. 75 УПК РК, регулирующая на уровне общих положений статус потерпевшего и по-прежнему настаивающая на том, что лицо становится потерпевшим лишь с момента вынесения соответствующего постановления, ни словом не упоминая о ситуации, регулируемой ч. 4 ст. 184 УПК РК, которая, смеем верить, будет возникать по большинству уголовных дел? Здесь имеет место явная недоработка с точки зрения законодательной (кодификационной) техники.

3) Представляется, что механизм регистрации сообщений о преступлении и начала досудебного расследования содержит явный пробел, касающийся роли прокурора на этом важнейшем этапе уголовного процесса. Предложенная составителями схема выглядит таким образом, что на начальном этапе досудебного расследования (после регистрации сообщения) информация передается лишь начальнику органа досудебного расследования, но не прокурору (см. также новую редакцию ст. 190 УПК РК), в результате чего расследование становится неким «внутренним делом» полицейских органов.

Ясно, что если законодатель основывается на классических моделях континентального уголовного процесса, то после регистрации каждого сообщения о преступлении, информация об этом должна как можно быстрее (допустим, не позднее 24 часов после регистрации) доводиться до сведения прокурора. В противном случае, возникнет неизбежный процессуальный дисбаланс. Скажем, как прокурор может реализовывать свое полномочие по прекращению досудебного расследования, если он даже не в курсе того, что оно начато? Как он может контролировать сроки досудебного расследования? В конечном итоге, информирование прокурора позволяет сделать процессуальную схему начала досудебного расследования более прозрачной и контролируемой «извне», что не может не пойти на пользу правам личности в уголовном процессе.

II. Унификация досудебного расследования

Представленная в законопроекте модель «досудебного расследования», которое должно объединить нынешнее предварительное следствие и дознание, является логичным и обоснованным продолжением реформы стадии возбуждения уголовного дела. В какой-то мере, можно говорить, что речь идет о целостном и концептуальном преобразовании досудебного производства как такового.

В целом, идею разработчиков реформы нельзя не поддержать. Дуализм дознания и предварительного следствия как двух форм расследования не только изжил себя, но и просто не имеет надлежащих теоретических оснований после того, как советская система и ее постсоветские наследники, по сути, отказались от классического предварительного следствия континентального (исторически французского) типа, имеющего, как известно, судебную природу, то есть относящегося к компетенции судебного ведомства. Напомним, что разграничение дознания и предварительного следствия теоретически основано в Европе на институциональном (или, если угодно, на конституционно-правовом) разграничении полицейской и судебной деятельности – дознание имеет полицейскую природу, тогда как следствие входит в сферу полномочий суда, в рамках которого имеются специальные должности так называемых «следственных судей». Если дореволюционная российская процессуальная система следовала этой логике (институт судебных следователей), то в советский период она оказалось утраченной. После перехода следственных функций в компетенцию полицейских органов во главе с МВД от «предварительного следствия», по сути, в наследство осталось лишь наименование института, а также ряд процессуальных функций, неоправданно переданных после упразднения судебных следователей в руки полиции и прокуратуры, что отражало советскую идеологию с ее размыванием концепций «полиции» и «юстиции». По сути, уже в тот период произошла почти полная «полицизация» расследования, не оставляющая места классическому предварительному следствию. Это требовало унификации

расследования в рамках концепции «полицейского дознания», проводимого под надзором прокурора, с формальным отказом от «предварительного следствия», поскольку исчезновение следственных судей (судебных следователей) в теоретическом плане означает исчезновение предварительного следствия как такового. Однако, советская процессуальная теория пошла по другому пути, что лишь усугубило ее кризис и затруднило в дальнейшем постсоветскую институциональную нормализацию, которая наконец-то постепенно начинает происходить, прекрасной иллюстрацией чего является казахстанская реформа предварительного расследования.

Таким образом, еще раз подчеркнем: происходящая в Казахстане унификация досудебного расследования не вызывает никаких теоретических сомнений. Она лишь переводит на адекватный процессуальный язык то, что и так уже давно имело место в реальной действительности.

Теперь несколько слов о терминологии. Несмотря на то, что в теории уголовного процесса уголовно-процессуальную деятельность полицейских органов (под надзором прокурора) по собиранию доказательств для решения вопроса об окончательном выдвижении прокурором обвинения и передаче дела в суд принято по традиции именовать «полицейским дознанием» или «прокурорско-полицейским дознанием», казахстанский законодатель остановился на другом термине – досудебное расследование. Такой термин также допустим, поскольку главное, чтобы он отражал несудебную (соответственно прокурорско-полицейскую) природу соответствующей уголовно-процессуальной деятельности.

Что касается содержания и структуры нового досудебного расследования, то они отражают, главным образом, так называемую «германскую модель» досудебного производства (на наш взгляд, на сегодняшний день по ряду причин оптимальную для постсоветских государств), но с небольшими институционально-терминологическими примесями французской модели, вокруг которой в свое время и выстраивалась дореволюционная российская конструкция предварительного производства, процессуально повлиявшая на советско-постсоветские системы. Такой подход выглядит сбалансированным и не вызывает теоретического отторжения в силу гипотетической «несовместимости» - здесь все совместимо. Сам термин «следственный офицер» является отражением некоего процессуального компромисса – прилагательное следственный подчеркивает его роль лица, уполномоченного собирать полноценные доказательства (дань исторически близкой французской системе), тогда как существительное «офицер» четко указывает, что речь идет о деятельности, имеющей полицейскую природу, в силу чего никакого классического предварительного следствия французского типа здесь нет и быть не может. Ясно, что подобный терминологический подход, как уже отмечалось, много более удачен, нежели совершенно непонятная конструкция «инспектора», в которую совершенно нелепо вписать институты, сохраняющиеся в казахстанском уголовном процессе (принятие дела к производству, расследование дел группой лиц, следственное действие и т. д.).

Что касается собственно структуры досудебного расследования, предложенной в законопроекте, то она также сомнений не вызывает. После начала досудебного расследования следственный офицер собирает необходимые доказательства, после чего составляет отчет и передает материалы прокурору, который уже принимает окончательное решение о предъявлении обвинения и передаче дела в суд или о прекращении дела. При этом, что очень важно, следственный офицер не принимает правоприменительных решений, связанных с юридической оценкой деяния (квалификация и т. д.), оставаясь в рамках классической полицейской логики. Юридическая оценка деяния является итогом досудебного расследования, а не его предпосылкой (что совершенно справедливо), и относится к компетенции прокурора (что также справедливо). В такой ситуации логичным выглядит отказ от института предъявления обвинения в ходе расследования (а не по его окончании), поскольку данный институт уходит корнями во французскую систему предварительного следствия, строящуюся вокруг фигуры следственного судьи. Теоретических предпосылок для его сохранения не осталось. В то же время требование об

информировании лица о ведении в его отношении досудебного расследования, что совершенно необходимо с точки зрения реализации права на защиту, вполне обеспечивается с помощью конструкций «выдвижение подозрения» и «подозреваемого». При этом речь опять-таки не идет об окончательной квалификации деяния, полном доказательственном обосновании решения и т. д. Все это произойдет уже по окончании расследования – на этапе предъявления обвинения прокурором для передачи дела в суд, когда и появится фигура «обвиняемого». Предложенный в законопроекте подход в этом смысле никаких нареканий не вызывает.

Таким образом, концепция унифицированного досудебного расследования теоретически оправдана и, в целом, технически грамотно реализована. В то же время в более конкретной плоскости по поводу законопроекта нельзя не сделать несколько критических замечаний как концептуального, так и технического характера:

1) Унификация досудебного расследования при всей своей теоретической обоснованностью ставит еще один вопрос фундаментального плана, который в законопроекте не решен: каков смысл сохранения автономии так называемой «оперативно-розыскной деятельности» и почему она не интегрирована в полицейское досудебное расследование? Если законодатель исходит из искусственности разграничения дознания и предварительного следствия, поскольку между, допустим, следователем и дознавателем МВД нет никакого институционального различия, оправдывающего наличие у них процессуальных полномочий разной степени интенсивности, то почему он не замечает такую искусственность в противопоставлении процессуальных «допросов» и оперативных «опросов», «следственных экспериментов» и «оперативных экспериментов» и т. д.? Это тем более странно с учетом того, что в законопроекте находит развитие теория «негласных процессуальных действий», к которым на самом деле и относятся в теоретическом плане «оперативно-розыскные мероприятия». Место им в УПК, а не в автономном Законе об ОРД. Но пока законодатель на это не решился, в силу чего концепция полицейского «досудебного расследования» выглядит не вполне соответствующей сравнительно-правовым стандартам и несколько, если угодно, «недоразвитой».

2) Тенденцию на развитие института судебного контроля следует только приветствовать, как, разумеется, и расширение списка процессуальных действий и решений, разрешение на проведение которых дает суд. Но пока это лишь начало движения, то есть законопроект делает следующий шаг вперед в нужном направлении, но еще не приводит в этом смысле казахстанский уголовный процесс к международным стандартам, поскольку многие действия, затрагивающие конституционные права и свободы личности по-прежнему будут санкционироваться не судом, а прокурором, что прямо отмечено в Концепции.

3) Уже в более технической плоскости совершенно непонятно, с какой целью законопроект вводит процессуальное понятие «органа досудебного расследования» (см. новую редакцию ст. 65 УПК РК)? Как будут соотноситься компетенции следственного офицера, органа досудебного расследования и начальника органа досудебного расследования? Если дело к своему производству принимает конкретный следственный офицер, то какие процессуальные полномочия могут быть у «органа досудебного расследования» как коллективного процессуального субъекта? Если же законодатель считает, что понятие «орган досудебного расследования» необходимо в тех случаях, когда соответствующее процессуальное действие от имени «органа» вправе осуществлять исключительно руководитель (начальник) последнего, то зачем тогда он вводит еще фигуру «начальника органа расследования» в качестве процессуального субъекта *sui generis*?

Думается, что здесь просто произошло техническое недоразумение. Преобразовав «следователей» в «следственных офицеров», законодатель затем решил механически преобразовать «органы дознания» в «органы досудебного расследования». Но это уже является лишним, поскольку *унификация* предварительного расследования сама собой подразумевает исчезновение прежнего дуализма, в том числе с точки зрения органов

(следователь и орган дознания). Здесь только следует напомнить, что в нынешнем уголовном процессе есть «следователи», но нет «органов следствия». Точно также не должно быть и «органов досудебного расследования» - достаточно одних лишь «следственных офицеров», а также «начальников органов досудебного расследования». В противном случае, возникнет невообразимая процессуальная путаница.

4) Из законопроекта справедливо вытекает, что именно прокурор разрешает конфликт компетенций в рамках разграничения подследственности между различными ведомствами (см. новую редакцию ст. 192 УПК РК). Много менее понятно, вправе ли прокурор передавать дело из производства одного следственного офицера в производство другого следственного офицера в рамках одного ведомства или это остается исключительной прерогативой начальника органа досудебного расследования? С точки зрения классической континентальной теории, у прокурора должно быть право самому определять следственного офицера для производства расследования (особенно когда именно прокурор инициирует начало расследования – в противном случае расследование рискует быть не слишком активным), изымать дело у одного офицера и передавать другому, отменять соответствующие решения начальника органа расследования и т. д. Это также важно для обеспечения процессуальной самостоятельности следственного офицера, который, как следует из законопроекта, при проведении расследования подчиняется только прокурору. В конечном итоге, для эффективного расследования требуется определенное единоначалие, которое и обеспечивает прокурор, иначе возможны ситуации, с которыми столкнулась российская процессуальная система, когда при производстве по уголовному делу начинается деструктивная «война» ведомств (СК РФ и прокуратуры). Допускать их никоим образом не следует.

5) Законопроект не совсем внятно решает вопрос о пределах производства по уголовному делу в ходе досудебного расследования, что особенно опасно с учетом упразднения институтов возбуждения уголовного дела и привлечения в качестве обвиняемого. Ясно ведь, что институт привлечения в качестве обвиняемого, помимо «информационной функции» (предъявление обвинения), решал и другую задачу сугубо технического порядка – позволял путем привлечения в качестве обвиняемого необходимого круга лиц (прежде всего, при соучастии) сформировать к окончанию расследования надлежащие пределы производства по кругу лиц (*in personam*). Сейчас такую функцию должен, видимо, взять на себя институт предъявления обвинения прокурором, который необходимо тщательно скоординировать с институтом выдвижения подозрения следственным офицером.

В этом смысле в законе следует четко оговорить: расследование (после регистрации сообщения о преступлении) всегда начинается в отношении фактов, изложенных в сообщении. В такой ситуации следственный офицер вправе выдвинуть (при наличии достаточных данных) подозрение в отношении любого лица, причастного к совершению данного факта в качестве исполнителя, соисполнителя или соучастника, независимо от того, указано ли соответствующее лицо в сообщении о преступлении или не указано, будучи установлено самим следственным офицером в ходе расследования (не говоря уже о том, что иногда в сообщении указано не то лицо, которое на самом деле совершило преступление). Расследовать иные факты следственный офицер вправе лишь в том случае, когда они надлежащим образом зарегистрированы в журнале криминальных сообщений и соединены в одно производство по расследованию. Отчет составляется лишь в отношении фактов, по которым проводилось расследование. При этом именно прокурорское обвинительное заключение определяет окончательный круг лиц, обвиняемых в совершении преступления, дело по которому передается в суд. Здесь надо решить только один вопрос: вправе ли прокурор включать в обвинительное заключение тех лиц, которые, с его точки зрения, причастны к совершению преступления, но в отношении которых следственный офицер не выдвигал подозрение о преступлении? Вопрос непрост, но скорее всего здесь напрашивается отрицательный ответ, иначе может оказаться поколеблено право подозреваемого на защиту. Думается, что в отмеченной ситуации прокурор лишь вправе распорядиться о производстве дополнительного расследования, поручив следственному

офицеру выяснить причастность к преступлению определенных лиц, в отношении которых не выдвигалось подозрение (если у прокурора имеются сведения об их причастности к расследованным фактам).

В целом, проблемы пределов производства по делу в стадии досудебного расследования требуют тщательной регламентации в законе, иначе здесь может возникать процессуальный хаос, обостренный отсутствием устойчивых институциональных ориентиров новой системы унифицированного расследования, что всегда характерно для периода реформ.

III. Отказ от возвращения уголовного дела на дополнительное расследование

Институт возвращения уголовных дел на дополнительное расследование давно вызывает немалые проблемы на постсоветском пространстве, включая, разумеется, Казахстан. Его критика чаще всего абсолютно справедлива, поэтому стремление казахстанского законодателя отказаться от данного института обоснованно и естественно. Другое дело – техническая сторона потенциального отказа от института. На постсоветском пространстве встречается ряд попыток отказа от института возвращения дела на доследование, закончившихся откровенной неудачей. Самый характерный пример – новый УПК РФ, когда законодатель сначала торжественно объявил об отказе от доследования, но затем, в том числе на основании Постановления Конституционного суда РФ от 8 декабря 2003 г., фактически его реставрировал, причем в некоторых аспектах даже в худшем виде по сравнению с тем, что имело место в советском УПК РСФСР. Крах российской реформы объясняется именно недооценкой и недопониманием технической стороны института дополнительного расследования, на которой мы здесь не будем подробно останавливаться.¹ Важно учесть лишь одно – при неправильной технической реализации отказа от доследования процессуальная система объективно заходит в тупик, что и предопределяет реставрацию института, причем часто вопреки воле законодателя.

Возникает впечатление, что казахстанский законодатель прекрасно отдает себе отчет в технических проблемах, связанных с отказом от доследования, и пытается их решить, скорее всего учитывая и негативный российский опыт. Такого рода подход заслуживает несомненного одобрения. С другой стороны, мы по-прежнему убеждены, что предложенные технические меры пока еще недостаточны. Если исходить из предложенных в законопроекте механизмов (которые сами по себе правильны), то либо процессуальная система все-таки столкнется с фундаментальными сложностями, либо отказ от доследования вновь (как и в России) окажется иллюзией.

Чтобы обосновать столь пессимистический вывод напомним, что любая процессуальная система должна содержать ответ на следующие вопросы: а) как быть, если в ходе творческого состязательного судебного разбирательства, представления новых доказательств, исследования имеющихся доказательств и т. д. суд придет к выводу, что обвиняемый виновен, но в совершении более тяжкого преступления, чем изначально вменялось ему в вину (уже в суде вскрываются новые детали, квалифицирующие признаки и т. д.)?; б) как быть, если в судебных стадиях процесса обнаруживаются существенные нарушения закона, допущенные в ходе досудебного расследования, но не связанные с собиранием доказательств (на нарушение их прав ссылаются сами стороны и т. д.)? Поскольку институт доследования, применяемый в таких ситуациях, упраздняется, то значит должны существовать иные варианты ответа на поставленные вопросы. Надо признать, что казахстанские реформаторы такие ответы предлагают. Рассмотрим их по порядку, чтобы понять, насколько они достаточны:

¹ См. подробнее: Головкин Л. В. Истоки и перспективы института дополнительного расследования уголовных дел на постсоветском пространстве // Государство и право. 2009. № 11. С. 54 – 67.

1) Ответ на первый вопрос, казалось бы, ясен и вполне корректен: при установлении новых обстоятельств прокурор получает право менять обвинение на более тяжкое непосредственно в ходе судебного разбирательства. При этом законопроект подробно и внятно регламентирует процедуру изменения обвинения в суде на более тяжкое, позволяющую, что очень важно, не ущемить права защиты (см. новую редакцию ч. 6.1 ст. 317, ст. 321, ч. 4.5 ст. 346 УПК РК). Эти положения, безусловно, позитивны, и являются шагом вперед на пути к полному отказу от доследования, технически выгодно отличаясь от российского варианта реформы института.

Но здесь все равно остается один вопрос, на который в законопроекте нет ответа: *как должна решаться проблема, если мнения прокурора и суда по вопросу о квалификации преступления разошлись?* Допустим, прокурор по-прежнему считает, что речь идет о грабеже, в силу чего формально не меняет обвинение на более тяжкое. Суд уходит в совещательную комнату, оценивает доказательства и приходит к выводу, что речь все-таки идет о разбое. Какое решение он должен тогда вынести? Напомним, что суд – это не «штамповочный инструмент», механически утверждающий или не утверждающий прокурорскую квалификацию деяния, а высший орган правоприменения, и у него не только может, но и должно быть собственное мнение по юридической оценке доказанных фактов, нередко отличающееся от мнения обвинителя.

Классическое решение данного вопроса известно. Суд связан только предъявленными обвинением фактами, но не их юридической оценкой (в том числе в худшую для защиты сторону). Право прокурора менять в ходе судебного разбирательства обвинение на более тяжкое, которое предполагается казахстанской реформой, важно именно с точки зрения круга фактов (прокурор предъявляет новые факты, связанные с обвинением), но не с точки зрения их якобы окончательной «прокурорской квалификации». Противное означало бы, что именно прокурор, а не суд находится на вершине правоприменения, поскольку прокурор якобы лучше других (в том числе лучше суда) знает, какая правовая норма (уголовного закона) подлежит применению к данному случаю.

Но законопроект не содержит в полной мере приведенного классического ответа на поставленные вопросы, отличаясь отмеченной недоговоренностью, что неизбежно приведет к сложностям в реальной практике.

2) Если в первом случае движение мысли законодателя верно, хотя и не доведено до логического завершения, то ответ на второй вопрос понятен много меньше. Так каковы же юридические последствия обнаружения в судебных стадиях процесса существенных нарушений уголовно-процессуального закона, допущенных в ходе досудебного расследования?

Представляется, что попытка ответа содержится в новой редакции ст. 300 УПК РК, согласно которой при поступлении дела в суд судья обязан выяснить, не допущены ли при досудебном производстве нарушения уголовно-процессуального закона, препятствующие назначению судебного заседания. В развитие данной нормы новая редакция ст. 302 УПК РК гласит, что главное судебное разбирательство назначается только тогда, когда «судья пришел к выводу, что в процессе досудебного производства соблюдены все требования настоящего Кодекса и отсутствуют иные основания, препятствующие рассмотрению дела в суде».

Стремление законодателя найти адекватные технические средства, позволяющие отказаться от возвращения дела на дополнительное расследование в связи с обнаружением неустраняемых в суде нарушений уголовно-процессуального закона, и понимание им наличия сложной процессуальной проблемы сами по себе отрадны. Но здесь неизбежно возникают несколько вопросов, на которые в законопроекте опять-таки нет ответа. *Что должен делать судья, если он, действуя в порядке ст. 300 УПК, обнаружит-таки нарушения уголовно-процессуального закона? Как ему быть, если он в рамках ст. 302 УПК придет к выводу о*

том, что в деле имеются нарушения, препятствующие проведению судебного разбирательства? На какие реальные последствия могут рассчитывать стороны, если они в свою очередь обратят внимание судьи на наличие таких нарушений (а стороны, несомненно, будут на них обращать внимание)?

На данные вопросы существует только два варианта ответа: а) судья будет констатировать нарушения и... проходить мимо, что вряд ли станет стимулировать органы досудебного расследования к соблюдению закона и вообще ставит под сомнение саму необходимость законодательной регламентации досудебного производства (зачем закон, если его можно процессуально безнаказанно нарушать?); б) судья окажется вынужден реагировать на имеющиеся нарушения, тем более если они препятствуют проведению главного судебного разбирательства, в силу чего ему ничего не останется, кроме как... вернуть дело на дополнительное расследование. В последнем случае долгожданный «отказ от доследования» предстанет в виду очередной реформаторской иллюзии, что и имело место в Российской Федерации. Такая перспектива более чем реальна. Более того, при нормальном развитии правоприменения в Республике Казахстан (активная и профессиональная адвокатура, независимый и квалифицированный суд и т. д.) ее можно считать **прогнозом** развития событий, который автор этих строк готов сделать при оценке реформаторских амбиций, направленных на полный отказ от института возвращения уголовных дел на дополнительное расследование.

В этом смысле законопроект позволяет сократить доследование в количественном смысле, но не полностью отказаться от него в смысле качественном. По крайней мере, ситуации, когда с отменой доследования возникнет неизбежный процессуальный тупик, налицо. Избавиться от них пока не удалось.

IV. Введение соглашений о сотрудничестве между обвинением и защитой (сделок с правосудием)

Стремление казахстанского законодателя имплементировать в свою правовую систему очередную разновидность ставших уже почти легендарными «сделок с правосудием» неожиданностью не является, поскольку такое стремление стало своего рода «сравнительно-правовым поветрием». В последние годы многие страны, часто еще достаточно далекие от окончательного решения сложнейших задач по построению правового государства, созданию независимого суда, обеспечению устойчивой некоррупционной правоприменительной практики и т. д., с необъяснимым упорством направляют едва ли не всю свою реформаторскую энергию на имплементацию именно «сделок с правосудием». При этом весьма противоречивый опыт других стран, в том числе Российской Федерации, где такие «сделки» существуют после принятия Закона от 29 июня 2009 г., почему-то совершенно не учитывается. Скажем, в той же России институт «сделок» хотя пока и не принес ожидавшихся результатов на поприще борьбы с организованной преступностью, терроризмом или коррупцией (мало-мальски серьезных процессов, выигранных обвинением именно за счет «сделок», фактически нет), но уже повлек некоторые крайне негативные последствия, о чем предупреждали эксперты, в том числе автор этих строк, еще в период ожесточенных дискуссий в ходе прохождения законопроекта. Самый трагический пример – смерть в предварительном заключении Сергея Магнитского, последовавшая всего спустя пару месяцев после вступления закона «о сделках» в силу. Будучи ознакомленным с некоторыми деталями данного дела в качестве правового эксперта, могу со всей уверенностью утверждать, что одной (хотя, конечно, не единственной) из причин трагедии послужило именно намерение следствия заключить с ним «сделку» в обмен на показания против находящегося за рубежом главы компании, которую он консультировал. Отказ С. Магнитского от «сделки» привел к беспрецедентному давлению на него, окончившемуся, как известно, смертью человека. Но даже последовавший за этим глубокий политический кризис, обязывающий, казалось бы, с максимальной аккуратностью относиться к подобным институтам в условиях «переходных» правовых систем, не

уменьшил энтузиазма сторонников «сделок». Обращу также внимание, что приведенный пример наиболее известен, но далеко не единичен.

В целом, автор настоящих строк убежден, что институт «сделок с правосудием» может быть эффективен и при этом безопасен с точки зрения прав личности лишь в условиях **институционально сложившихся процессуальных систем**, к которым большинство постсоветских правопорядков не относится. В этом смысле остается только присоединиться к рекомендациям, высказанным в ходе III Экспертного Форума БДИПЧ/ОБСЕ для Центральной Азии (2010), согласно которым «сделки о признании не могут использоваться в тех уголовно-процессуальных системах, в которых досудебное производство заражено случаями незаконного воздействия и принуждения к признанию вины и в которых доступ к правовой помощи (в том числе бесплатной – Л. Г.) недостаточно обеспечен».² Добавлю от себя, что еще одним критерием является наличие или отсутствие независимой судебной власти, что подразумевает полное отсутствие в ее деятельности малейших намеков на обвинительный уклон. У автора этих строк нет сомнений, что, допустим, уголовно-процессуальная система Российской Федерации данным критериям не соответствует, что и приводит иногда к катастрофическим последствиям применения Закона от 29 июня 2009 г. У автора этих строк есть сомнения, что им полностью соответствует и уголовно-процессуальная система Республики Казахстан, что опять-таки не исключает появления абсолютно аналогичных последствий, в данный момент не охватываемых, разумеется, «умыслом законодателя». В такой ситуации, высказанные в Концепции соображения, что институт «сделок с правосудием» в том числе позволит «минимизировать злоупотребления в ходе производства по уголовным делам» и создаст «дополнительные гарантии защиты прав и свобод граждан», выглядят, по меньшей мере, странно.

Каково бы ни было принципиальное решение казахстанского законодателя по вопросу о «сделках», при их имплементации в любом случае должны быть решены следующие технические проблемы:

1) Необходимо исчерпывающим и точным образом определить круг оснований для заключения «соглашения о сотрудничестве» (категория преступления – особо тяжкие и тяжкие; наличие нескольких соучастников, некоторые из которых отрицают вину; объективные затруднения в собирании доказательств и т. п.). Как показывает российский опыт, при отсутствии в законе конкретизации таких оснований «сделки» чаще всего используются не для того, для чего они задумывались (борьба с организованной преступностью и т. п.), а в совершенно иных целях, подчас весьма далеких от логики института (нередко по незначительным и совершенно очевидным делам). В качестве характерного и вполне реального курьеза российского применения «сделок» приведу пример, когда такая «сделка» была заключена с задержанным на месте преступления за нанесение телесных повреждений в ходе драки в ночном клубе, причем в присутствии десятков свидетелей, давших исчерпывающие и непротиворечивые показания, сотрудником органов внутренних дел. Каковы были реальные «основания» заключения «сделки» остается только догадываться, поскольку после ее заключения по делу, не представлявшему никаких доказательственных затруднений (и в отсутствие соучастников), сотрудник органов внутренних дел смог по причине «сделки» избежать реальной уголовной ответственности. В данном случае процесс, конечно, может быть дифференцирован в зависимости от признания вины, что приводит к ускоренному судебному следствию, некоторому снижению наказания и т. д., но к «сделкам» подобная процессуальная дифференциация не имеет ни малейшего отношения.

2) Поскольку заключение «соглашения о сотрудничестве» приводит к выделению уголовного дела и его рассмотрению в особом порядке, причем без проведения судебного следствия, то вынесенный в отношении заключившего сделку лица приговор не может иметь никакого

² III Expert Forum on Criminal Justice for Central Asia. Final Report, OSCE ODIHR, 17-18 June 2010, Dushanbe, Tajikistan.

преюдициального значения для других дел. Это очень важное положение, которое аксиоматично доктринально³, но должно быть во избежание недоразумений закреплено в законе. В противном случае, как это иногда имеет место в России, возникают разного рода процессуальные схемы «обхода» процессуальных гарантий, когда сначала заключается «сделка», затем в отношении данного обвиняемого выносится обвинительный приговор, а в конечном итоге этот приговор используется в качестве преюдиции по «основному делу» (в отношении отрицающих вину соучастников), которое еще только предстоит рассматривать в суде. Такой подход полностью «убивает» по «основному делу» любые гарантии состязательного процесса, поскольку вменяемые в вину факты становятся якобы доказанными на основании вступившего в законную силу по ранее выделенному делу судебного решения, что формально верно, но по сути извращает саму суть правосудия. Ведь, на самом деле, их никто не доказывал - приговор по выделенному делу вынесен на основании «сделки», то есть в «особом порядке» и в отсутствие судебного следствия, то есть использование в данном случае института преюдиции должно быть исключено, иначе мы лишим всех процессуальных гарантий лиц, которые собираются отстаивать свою невиновность в состязательном процессе.

3) Законодателю необходимо скорректировать принцип непосредственности исследования доказательств – один из краеугольных камней современного уголовного процесса. Напомним предложенную схему заключения «соглашения о сотрудничестве»: с одним из обвиняемых заключается «сделка», он, допустим, дает показания против соучастников, его дело выделяется, после чего он осуждается в «льготном порядке». Свои обязанности по «сделке» он формально выполнил, но его показания даны в ходе досудебного производства. С точки зрения принципа непосредственности, их еще надо подтвердить в суде, когда в состязательном процессе будет рассматриваться основное дело в отношении соучастников. Но к тому времени обвиняемый уже осужден и часто совершенно не намерен давать какие-либо новые показания в ходе гласного судебного процесса. В результате, либо доказательство не может использоваться (нет оснований для оглашения показаний и их исследования судом), что приводит к бессмысленности «сделки», либо закон должен предусмотреть новое исключение из принципа непосредственности, дающее основания для оглашения показаний, данных уже осужденным по «сделке» обвиняемым при исполнении им своих обязанностей в ходе досудебного производства. Здесь, впрочем, возникает уже другой вопрос: как быть, если давший показания обвиняемый находится под «защитой», что исключает разглашение сведений о его личности и препятствует оглашению показаний. На данный вопрос закон также должен содержать ответ.

На сегодняшний день все поставленные здесь технические проблемы, связанные с институтом «соглашения о сотрудничестве», законодателем не решены. Это лишь усиливает сомнения в целесообразности имплементации в казахстанский уголовный процесс данного института.

Май 2011 г.

³ См. подробное обоснование: Головки Л. В. Три аксиомы применения института преюдиции в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве, Сборник научных трудов памяти проф. П. А. Лупинской. М., МГЮА. 2011. С. 57 – 58.