



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

Экспертное заключение
на проект закона Республики Казахстан
«О внесении изменений и дополнений в Уголовный и Уголовно-процессуальный
кодексы, касающихся применения норм о прекращении уголовного преследования
за примирением сторон» *

Суть законопроекта

Изменения вносятся в ст. 67 УК РК и ст. 38 УПК РК, в соответствии с которыми в их действующей редакции полномочие освобождать от уголовной ответственности и прекращать уголовное преследование на основании примирения сторон принадлежит не только суду, но также прокурору, следователю и органу дознания (с согласия прокурора). Согласно предлагаемым изменениям в указанные законодательные акты, такое полномочие останется только за судом, т. е. прокурор, следователь и орган дознания его утратят. Поскольку в законопроекте ничего не говорится о возможности прокурора, следователя и органа дознания просить суд принять соответствующее решение в порядке *судебного контроля* в досудебных стадиях уголовного процесса, из этого следует сделать вывод, что *прекращение уголовного преследования на основании примирения сторон в досудебных стадиях процесса будет полностью исключено.*

Аргументы авторов законопроекта

Анализ приложенных к законопроекту материалов показывает, что все конкретные аргументы, служащие его обоснованием, содержатся в двух документах: «Сравнительной таблице по проекту Закона РК "О внесении изменений и дополнений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам о применении нормы о примирении сторон"» (далее - «Сравнительная таблица») и «Справке о практике применения ст. 67 Уголовного кодекса Республики Казахстан за 2005 г. и 7 месяцев 2006 г.» (далее -

* Данный анализ подготовлен автором специально для БДИПЧ ОБСЕ 12 апреля 2007 г. Анализ представляет собой мнение эксперта и не является официальным документом, выражающим позицию БДИПЧ ОБСЕ.

«Справка»).

Изучение указанных документов позволяет выделить в общей сложности *шесть* аргументов, с помощью которых обосновывается необходимость оставить исключительно за судом полномочие прекращать уголовное преследование на основании примирения сторон:

- 1) Действующий порядок противоречит положениям Конституции РК, закрепляющим принцип презумпции невиновности, поскольку ныне признание лица виновным в совершении преступления отнесено к компетенции не только суда, но и прокурора, следователя и органа дознания, что неконституционно («Сравнительная таблица»);
- 2) В стране складывается различная и не единообразная прокурорская и следственная практика применения положений о прекращении уголовного преследования на основании примирения сторон («Сравнительная таблица»);
- 3) При применении интересующих нас норм следователи и органы дознания не всегда обеспечивают «всестороннее и полное исследование обстоятельств дела», иногда неверно квалифицируют преступление, не уточняют факт примирения и т. п. («Справка»);
- 4) Лица, освобожденные от уголовной ответственности, не всегда в реальной действительности исполняют обязанности, взятые на себя при примирении и прекращении уголовного преследования («Справка»);
- 5) Потерпевшие иногда предъявляют завышенные требования, не соответствующие понесенному им от преступления ущербу («Справка»);
- 6) Имеют место факты коррупции, когда следователи и представители органов дознания злоупотребляют своим правом прекратить уголовное преследование на основании примирения сторон, освобождая таким образом преступников от уголовной ответственности за взятки («Справка»).

Оценка аргументов авторов законопроекта

Рассмотрим каждый из высказанных аргументов:

- 1) Не вызывает сомнений, что в любой современной национальной правовой системе презумпция невиновности должна соблюдаться беспрекословно, что возможно только тогда, когда она уважается всеми ветвями власти: законодательной, исполнительной, судебной. В этом смысле забота о презумпции невиновности на первый взгляд выглядит очень серьезным аргументом *contra* действующего порядка освобождения от уголовной ответственности в связи с примирением сторон.

Но при более пристальном рассмотрении противоречие между правом следователя, органа дознания, прокурора прекращать уголовное преследование на основании примирения сторон и презумпцией невиновности оказывается не реальным, но *мнимым*. Дело в том, что презумпция невиновности противоречит не сам институт освобождения от уголовной ответственности в досудебных стадиях уголовного процесса, а его *толкование* большинством юристов на постсоветском пространстве. Является ли данное основание освобождения от уголовной ответственности реабилитирующим? Безусловно. Что из этого вытекает? Только одно: лицо, освобожденное от уголовной ответственности на основании примирения сторон, не вправе претендовать на реабилитацию, т. е. на возмещение государством материального и морального вреда, причиненного *незаконным* уголовным преследованием, поскольку само уголовное преследование незаконным не являлось, невзирая на последовавшее освобождение от него. Значит ли это, что лицо официально признается виновным постановлением следователя и др.? Конечно, нет, поскольку существо дела, т. е. вопрос об обвинении и наказании, вообще не рассматривалось, так как по существу дело вправе рассматривать исключительно суд первой инстанции. Этот аспект достаточно точно отражен в наименовании ст. 38

УПК РК, где говорится об «обстоятельствах, позволяющих не осуществлять уголовное преследование». При наличии соответствующих обстоятельств вопрос о виновности остается просто-напросто неразрешенным (дело не рассматривалось судом по существу).

Именно такую позицию занимает, например, Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), рассмотревший в свое время претензии по данному вопросу к Австрии (Решение ЕСПЧ от 26 марта 1982 г. по делу Адольфа), где также существует институт, похожий на постсоветское освобождение от уголовной ответственности по т. н. «нереабилитирующим основаниям». ЕСПЧ не усмотрел здесь нарушения презумпции невиновности, согласившись с мнением Верховного суда Австрии о том, что решение прекратить уголовное преследование в такой ситуации «не является заявлением, эквивалентным выводу о наличии вины в действиях подозреваемого».

Не очень понятно, почему позиция постсоветских юристов по данной проблематике должна отличаться от позиции, допустим, судей ЕСПЧ или судей Верховного суда Австрии.

- 2) В отличие от первого аргумента (о презумпции невиновности) второй аргумент (об отсутствии единообразной практики применения соответствующих норм) серьезным не выглядит. Если завтра следователи и дознаватели начнут по-разному понимать нормы, скажем, об обыске, задержании или допросе, значит ли это, что в качестве реакции на такое разнообразие надо будет вовсе отказаться от таких уголовно-процессуальных институтов как обыск, задержание или допрос? Вряд ли кто-то согласится с подобным решением проблемы «отсутствия единообразия».

Единообразное применение правовых норм есть цель, для достижения которой существуют много менее радикальные средства. Одним из них является, допустим, издание ведомственных или межведомственных нормативно-правовых актов, разъясняющих порядок применения соответствующих законодательных положений и обязательных для каждого прокурора, следователя, дознавателя. Обращаю также внимание, что в РК уже действует весьма высокое по уровню юридического анализа Нормативное постановление Верховного суда РК от 21 июня 2001 г. № 4 (с изм. от 11 июля 2003 г.) «О судебной практике по применению статьи 67 УК РК». Если бы прокуроры, следователи и дознаватели руководствовались данным постановлением, то практика сразу стала бы более единообразной.

- 3) Понятна обеспокоенность авторов законопроекта в связи с тем, что следователи и органы дознания не всегда всесторонне, полно и объективно устанавливают обстоятельства дела, правильно квалифицируют деяние, устанавливают наличие оснований для освобождения от уголовной ответственности и т. д. По поводу данного аргумента можно высказать два соображения.

Во-первых, не совсем понятно, в чем здесь особенность прекращения уголовного преследования именно на основании примирения сторон? Разве при прекращении уголовного преследования на основании, например, отсутствия состава преступления или истечения сроков давности не требуется «всесторонне, полно и объективно» установить все обстоятельства дела или правильно квалифицировать деяние (не секрет, что от квалификации, скажем, зависят сроки давности)? Но ведь речь не идет о полном лишении следователя, дознавателя и др. права прекращать уголовное преследование, речь идет о лишении их права прекращать уголовное преследование только по одному из оснований. Данное законодательное решение последовательным назвать трудно. Необходимо, как минимум выяснить, почему при примирении сторон ошибки в квалификации или недостаточная тщательность расследования имеют большее значение, чем при установлении отсутствия события или состава преступления, определении сроков давности и т. д.

Во-вторых, изучение статистики деятельности органов следствия и дознания РК показывает, что следователи и дознаватели не столь уж часто ошибаются при применении норм об освобождении от уголовной ответственности в связи с примирением сторон. Так, в 2005 г. и в первые 6 месяцев 2006 г. органы дознания прекратили по интересующему нас основанию 2 772 уголовных дела; постановление о прекращении было отменено в 188 случаях, из которых только 44 дела было в конечном итоге направлено в суд (остальные были вновь прекращены по этому же или другому основанию). Таким образом, гипотетическая ошибка (нам неизвестны результаты рассмотрения дел в судах, т. е. количество обвинительных приговоров, их прохождение в вышестоящих инстанциях и т. д.) здесь встречается примерно по 1,5 % дел, прекращенным в связи с примирением сторон. Если говорить о следователях (всего 5 995 прекращенных дел; отменено постановление - в 791 случае, а в суд направлено 136 дел), то здесь процент гипотетических ошибок составляет примерно 2,2 %. В обоих случаях речь идет об очень незначительных цифрах, отнюдь не доказывающих, что именно с данным основанием прекращения уголовного преследования ситуация близка к критической.

- 4) Понятна также озабоченность тем, что освобождаемые от уголовной ответственности лица не всегда надлежащим образом выполняют взятые на себя обязательства перед потерпевшими. Но самым оптимальным средством их «стимулирования», наиболее распространенным со сравнительно-правовой точки зрения, является потенциальная возможность отмены постановления о прекращении уголовного преследования и возобновление последнего в случае, если соответствующее лицо не исполнило взятых на себя обязательств. Именно по такому пути, насколько мы можем судить (см. «Справку»), идет правоприменительная практика в РК, что следует только приветствовать. Наверное, данную практику следует закрепить законодательно, предусмотрев специальное основание для возобновления уголовного преследования (при его прекращении освобождаемое от уголовной ответственности лицо надо предупреждать о процессуальных последствиях неисполнения обязательств перед потерпевшим).

Если же идти по предлагаемому в законопроекте пути, то это лишь усугубит проблему. Известно, что судебное решение отменить сложнее, нежели решение следователя или дознавателя. Последнее может отменяться без особых проблем прокурором в пределах срока давности привлечения к уголовной ответственности, в том числе в связи с нарушением прав потерпевшего. Но когда постановление о прекращении уголовного дела выносит суд, отменить его может только вышестоящий суд в рамках ограниченного круга способов пересмотра судебных решений, к тому же, как правило, возможность пересмотра существует только в пределах краткого срока обжалования судебных решений. Представим такую ситуацию: обвиняемый пообещал потерпевшему выплачивать в течение 6 месяцев ежемесячное вознаграждение, потерпевший согласился, и стороны примирились. Как быть, если через месяц-другой бывший обвиняемый перестал производить выплаты? Если дело прекратил следователь, то проблем не возникнет, поскольку прокурор вправе отменить его решение и по истечении нескольких месяцев. Если же дело прекратил суд, то потерпевший уже не может обратиться в вышестоящий суд, поскольку срок на обжалование судебного решения по второй инстанции истек. Что делать потерпевшему? Вряд ли данная проблема, по сути, вполне бытовая, должна решаться на уровне, скажем, Верховного суда РК, не говоря о том, что потерпевшему это грозит дополнительными финансовыми издержками, потерей времени, нервов, сил и т.д.

- 5) Аргумент о завышенных требованиях некоторых потерпевших серьезным не представляется. Это проблема нравственного облика потерпевшего, т. е. проблема моральная, но не правовая. Что произойдет с юридической точки зрения? Если

потерпевший предъявляет завышенные имущественные требования к обвиняемому, то стороны просто-напросто не достигнут примирения. Следовательно, не возникнет основания для применения института прекращения уголовного преследования в связи с примирением сторон, уголовное преследование продолжится и дело попадет затем в суд. Но разве к тому же самому не стремятся авторы законопроекта (чтобы все дела, где возникает вопрос о примирении, доходили до суда)? В результате, проблема с «завышенными требованиями потерпевшего» оказывается мнимой.

- б) Наличие фактов коррупции, т. е. случаев, когда следователи прекращают уголовные дела по интересующему нас основанию за взятки, тревожно и печально. Это, безусловно, крайне негативное явление. Но поможет ли законопроект в деле борьбы с коррупцией?

Во-первых, чтобы ответить на поставленный вопрос, необходимо знать ответ на другой вопрос: существуют ли достоверные и проверенные, с научной точки зрения, данные о том, что коррупция отсутствует в судах или, по крайней мере, что ее уровень среди судей *значительно* ниже? При отсутствии таких данных принятие анализируемого закона может быть безрезультатным, т. е. может не привести к снижению *общего* уровня коррупции.

Во-вторых, проблема коррупции среди следователей и дознавателей, как правило, не решается с помощью изменения процессуального законодательства. Она решается исключительно с помощью организационных мероприятий, направленных на оптимизацию нравственного облика сотрудников органов следствия и дознания. Смысл этих мероприятий (повышение престижа профессии, уровня заработной платы, ужесточение нравственных требований к кандидатам на должности и др.) сводится к тому, чтобы обеспечить приток в правоохранительные органы представителей нравственной и культурной элиты общества. В противном случае, коррумпированный следователь или дознаватель, потеряв возможность прекращать уголовное преследование по одному основанию (допустим, в связи с примирением), без особого труда найдет себе другое основание (например, за отсутствием состава преступления), причем законодательного выхода из этого тупика нет (не обязывать же следователя в целях борьбы с коррупцией передавать в суд дела о тех преступлениях, где им установлено отсутствие состава преступления).

Оценка зарубежного опыта

Анализ зарубежного законодательства, где в последние десятилетия активно развивается институт примирения в уголовном процессе, позволяет сделать два общих вывода.

Во-первых, следует четко отличать друг от друга два типа примирения в уголовном процессе:¹ а) простое примирение и б) примирение-медиацию.

При «простом примирении» лицо, ведущее производство по делу, лишь пассивно фиксирует примирение обвиняемого (подозреваемого) и потерпевшего, произошедшее вне рамок уголовного процесса, что в некоторых случаях позволяет прекратить уголовное преследование (при наличии соответствующих законодательных положений, с учетом конкретных обстоятельств дела, личности обвиняемого и т. д.). Государство в данном случае специально не организует никаких мер, направленных на способствование примирению сторон.

¹ Мы здесь не принимаем во внимание примирение в рамках т. н. «института дел частного обвинения», поскольку этот институт является достаточно старым и известен только странам, испытавшим влияние германской традиции. Он не связан с современными тенденциями, направленными на альтернативное разрешение уголовно-правовых споров.

При примирении-медиации примирением занимаются не сами стороны, а специально созданные службы медиации, деятельность которых связана с одним из направлений социальной политики государства. Лицо, ведущее производство по делу, вправе в такой ситуации на основании закона и с учетом конкретных обстоятельств дела направить дело в службу медиации, сотрудники которой (профессиональные педагоги, психологи, конфликтологи и др.) стараются выяснить причины конфликта и снять конфликт в корне, добившись примирения. Затем материалы дела возвращаются лицу, ведущему производство по делу, который принимает решение о дальнейшем его движении с учетом результатов медиационной процедуры. Медиация особенно важна в том случае, когда обвиняемый и потерпевший являются соседями, сослуживцами и т. д., т. е. людьми, которым предстоит общаться и после завершения уголовного процесса.

Со сравнительно-правовой точки зрения, для уголовного процесса западноевропейских стран, как правило, характерно закрепление института примирения-медиации (там полагают, что «простое примирение» в закреплении в законе не нуждается, поскольку в западно-европейских уголовно-процессуальных системах и так достаточно способов учесть реальное примирение сторон и не продолжать уголовное преследование), тогда как для постсоветских государств характерен именно институт «простого примирения» (считается, что для медиации нет достаточной инфраструктуры). Медиация на постсоветском пространстве еще почти нигде не применяется или применяется крайне мало.

В этом смысле казахстанский институт освобождения от уголовной ответственности и прекращения уголовного преследования на основании примирения сторон - это классическое отражение «простого примирения», имеющего мало отношения к «примирению-медиации». В связи с изложенным и во избежание путаницы обращаю внимание, что в прилагаемой к законопроекту справке «Международный опыт стран СНГ и Евросоюза по вопросам применения норм уголовного судопроизводства, регламентирующих действие института примирения сторон» произошла определенная подмена тезиса: там говорится о необходимости закрепления *процедуры* примирения, но такая процедура имеет место только при создании института примирения-медиации. Однако, ни действующие УК и УПК РК, ни обсуждаемый проект о внесении в них изменений не закрепляют институт примирения-медиации (тогда надо создавать службы медиации и т. д.). Они закрепляют институт «простого примирения», где ни о какой процедуре речь не идет и идти не может: примирение здесь происходит в приватной обстановке; участники процесса лишь сообщают лицу, ведущему производство по делу, о том, что они сами примирились.

Во-вторых, если говорить о странах Запада, где, повторим, примирение существует в законе в виде примирения-медиации, то фактически везде помимо судебной медиации, применяемой в судебных стадиях процесса, существует и т. н. «*полицейская медиация*». Иными словами, принятие решения о применении института медиации, сама медиация и отказ от уголовного преследования в связи с состоявшимся примирением, как правило, *имеют место в ходе досудебного производства* (Франция, Бельгия, Великобритания, Германия и др.). Сомнения законодателя по этому вопросу, наблюдаемые ныне в Казахстане, если и имеют сравнительно-правовые параллели, то только со странами бывшего СССР (можно вспомнить, например, Украину, отказавшуюся от «полицейского» (прокурорского) освобождения от уголовной ответственности или аналогичные предложения некоторых ученых в России) в связи с институтом «простого примирения».

Таким образом, предлагаемый законопроект, безусловно, идет в разрез с западноевропейским опытом. Сравнительно-правовое обоснование ему можно найти лишь на постсоветском пространстве, для которого характерно общее советское доктринальное наследие.

Общая оценка законопроекта

Общая оценка законопроекта предопределяется двумя обстоятельствами.

Во-первых, ни один из выдвинутых в его обоснование аргументов, в том числе аргументов юридико-технических, не выглядит бесспорным, что было показано выше. Отсюда вытекает, что оценка законопроекта - это не вопрос юридической техники, а вопрос правовой (в данном случае уголовно-правовой) *политики* государства.

Во-вторых, если оценивать законопроект с точки зрения правовой политики, то необходимо выяснить, в чем заключаются смысл и цели института освобождения от уголовной ответственности на основании примирения сторон.

Ясно, что любое преступление - это социальный конфликт. Ясно также, что идеальным вариантом разрешения любого социального конфликта является нерепрессивный (мирный) путь его разрешения. Для уголовного права данная истина имеет одну оговорку: мирное разрешение конфликта допустимо только тогда, когда оставления преступления безнаказанным не повышает для общества риск совершения новых преступлений освобождаемым от уголовной ответственности лицом. Для того, чтобы иметь возможность учесть данное обстоятельство (а его можно учесть только применительно к конкретному делу) существует одно проверенное со сравнительно-правовой точки зрения процессуальное средство - прекращение дела на основании примирения не должно являться обязанностью государственных органов, поскольку их обязывание к этому не дает возможности учесть личность обвиняемого, характер деяния и т. д., т. е. не дает возможность учитывать возможные риски или отсутствие таковых для общества в случае освобождения от уголовной ответственности. В этом смысле основной недостаток действующей в настоящий момент в РК процедуры освобождения от уголовной ответственности на основании примирения сторон заключается не в отсутствии «судебной монополии», а в императивной обязанности прекращать по данному основанию дела о преступлениях небольшой тяжести и впервые совершенных преступлениях средней тяжести. Если же указанное выше условие соблюдено (выяснено, что риск новых преступлений не повышается), то мирное разрешение конфликта становится идеальным исходом уголовного дела. В такой ситуации вступает в силу другой аспект: чем раньше наступит благоприятный вариант развития событий - тем лучше. Зачем оттягивать его наступление во времени (а принятие законопроекта приведет именно к этому), если есть возможность разрешить социальный конфликт мирным путем еще на начальных этапах уголовного дела?

Если рассмотреть проблему с точки зрения интересов каждого участника конфликта (потерпевшего, обвиняемого и государства) и оставить в стороне интересы обвиняемого (они очевидны), то ясно, что интерес потерпевшего заключается в *максимально быстром* заглаживании причиненного ему вреда. Что касается интересов государства, то, во-первых, на глобальном уровне оно заинтересовано в поддержании социального мира и отсутствии в обществе конфликтов (их минимизации), а на уровне локальном - в разгрузке органов уголовной юстиции от мелких бытовых дел (это позволяет им сосредоточиться на наиболее опасных преступлениях, в том числе той же коррупции), снижении расходов и т. д. (перечень интересов государства можно продолжить). Чем раньше происходит освобождение от уголовной ответственности на основании примирения (если мы его допускаем), тем в большей мере удастся обеспечить каждый из названных интересов потерпевшего и государства. Приведем пример: идет дознание или следствие, обвиняемый готов возместить причиненный потерпевшему вред, что крайне важно для потерпевшего, последний просит следователя прекратить уголовное дело, но получает разъяснение - это будет возможно только через несколько недель или месяцев, когда будут выполнены все формальные процедуры и дело попадет в суд. Что мы ответим, если потерпевший, спросит, ради чего он должен ждать и испытывать материальные затруднения в течение продолжительного времени? Ответим, что обеспокоены необходимостью защиты прав

самого потерпевшего (при этом отказывая ему в его же просьбе) или проблемой обеспечения для обвиняемого, готового загладить вред, презумпции невиновности? Если исходить из интересов потерпевшего, то такой ответ звучит абсурдно, если не издевательски. Если исходить из нашего понимания права обвиняемого на презумпцию невиновности, то здесь происходит т. н. «вторичная виктимизация», т. е. потерпевший страдает вдвойне только потому, что на первом плане по-прежнему остается лицо, совершившее преступление, и мнимые интересы последнего. В данном примере также не совсем понятно, зачем нужно продолжать следствие, составлять трудоемкие процессуальные документы и отвлекаться от много более серьезных дел, если всем и так ясно, что затем дело будет прекращено судом, не говоря уже о том, что знание данного факта не стимулирует к сохранению качества предварительного расследования.

Таким образом, с точки зрения уголовно-правовой политики государства, рассматриваемый законопроект также не представляется оправданным. В результате его принятия положительный эффект примирения как формы разрешения уголовно-правовых конфликтов просто-напросто снизится.

Очевидно и другое: вытеснение института примирения из досудебного производства означает его частичное вытеснение из уголовного процесса РК вообще. Как показывает иностранный опыт, именно в досудебном производстве применяется подавляющее большинство альтернатив уголовному преследованию, одной из которых является прекращение уголовного преследования на основании примирения сторон. В результате, Республика Казахстан *de facto* потеряет значительную часть (не с формальной, а с количественной точки зрения) из имеющихся в ее уголовно-процессуальной системе альтернативных механизмов.

Думается, что подобные последствия принятия законопроекта не соответствуют мировым тенденциям. Во всяком случае, желательно, чтобы институт освобождения от уголовной ответственности в связи с примирением сторон сохранился и в досудебных стадиях уголовного процесса. Юридико-технических препятствий для этого нет. Данный общий вывод, конечно, не исключает возможной оптимизации законодательного регулирования и практики применения указанного института, но, с моей точки зрения, проанализированный здесь законопроект такой оптимизацией не является.

Апрель 2007 г.