

КОНСТРУКТИВНО-КРИТИЧЕСКИЙ ПОДХОД К ПРОЕКТУ

НОВОЙ РЕДАКЦИИ УПК РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН



А. Н. АХПАНОВ,
заслуженный работник МВД РК,
профессор, д. ю. н.

Автором уточняются задачи уголовного процесса, вносятся предложения по усилению гарантий прав личности и уголовного правосудия, расширению судебного контроля в досудебном производстве, юридической констатации начала уголовно-процессуальных отношений и уголовного преследования, восполнению пробелов при исчислении сроков в ходе применения отдельных мер процессуального принуждения, разграничению негласных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий, установлению исключительной подследственности уголовных дел органам прокуратуры.

Ключевые слова: уголовный процесс, реформирование, задачи, гарантии, судебный контроль, следственный судья, подследственность, сроки, средства доказывания, медиация.

1. Точность предназначения уголовного процесса определяет структуру, систему его стадий, этапов, особых производств, институтов и норм, разумный баланс между гарантиями прав личности и интересов правосудия, процессуальный статус его участников. Задачи уголовного процесса также нуждаются в уточнении с учетом интеграции уголовно-процессуального и оперативно-розыскного права, введения в проект института негласных следственных действий.

Часть первая статьи 8 проекта новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – проект)¹ относит к одной из задач «раскрытие и пресечение уголовных правонарушений»², которые по своей сути более уместны для оперативно-розыскной деятельности. Раскрытие, прежде всего, оценивается в гносеологическом (познавательном) и внутриведомственном аспектах. В то время как признание его несвойственным расследованию уголовных дел позволит отказаться от абсолютизации формальных количественных критериев оценки деятельности органов уголовного преследования, как это принято во многих государствах за пределами постсоветского пространства.

В уголовном процессе вместо термина «раскрытие» приемлема

устоявшаяся дефиниция «изобличение», заключающаяся в доказывании гласными (традиционными) и негласными средствами совершение конкретным лицом инкриминируемого ему деяния.

Пресечение должно рассматриваться как подзадача применительно к обеспечению надлежащего поведения участников уголовного процесса (меры пресечения, уголовно-процессуального принуждения). Пресечение уголовных правонарушений сопряжено, как правило, с их выявлением и предупреждением, но это уже сфера ОРД.

Поэтому представляется, что «раскрытие и пресечение уголовных правонарушений» может быть заменено на «расследование уголовных правонарушений». Функция расследования включает в себя все основные направления деятельности следователя, дознавателя³.

2. Следует сохранить в части первой статьи 37 проекта (Реабилитация) формулировку действующего УПК о том, что при оправдании, а также прекращении дела по реабилитирующим основаниям «лицо считается невиновным». Подобный вывод, безусловно, основан на несостоятельности выдвигавшегося подозрения (обвинения), отсутствии в деянии лица признаков преступления (уголовного правонарушения), тогда как поправка проекта ухудшает положение реабилитированного лица⁴.

3. Проект предусматривает согласие потерпевшего на прекращение уголовного дела (преследования) при освобождении по усмотрению прокурора лица от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием, превышением пределов необходимой обороны, заключением процессуального соглашения, примирением, передачей на поруки (установление поручительства), изменением обстановки, применением к несовершеннолетнему принудительных мер воспитательного воздействия. С одной стороны, такой подход диссонансирует с исключительными дискреционными полномочиями прокурора и публичным порядком уголовного преследования.

Но категоричность проектируемой нормы ослабляет действие принципа равноправия сторон. Потерпевшие, их законные представители лишаются конституционного права на судебную защи-

© А. Н. Ахпанов, 2013

¹По состоянию на 01.10.2013 г.

²Здесь и далее см.: Досье ITS на проект Уголовно-процессуального кодекса (новая редакция) // <http://www.zakon.kz/4526068-dose-its-na-proekt-ugolovno.html>.

³См.: Гуляев А. П. Процессуальные функции следователя. М. 1981. – 60 с.

⁴Более подробно см.: Ахпанов А. Н., Юрченко Р. Н. Вопросы реабилитации в проекте новой редакции УПК РК // Фемида. 2013. № 4. С. 6-7.

ту, теряют полный доступ к уголовному правосудию при принятии органом, ведущим процесс, важного для них решения.

Исходя из возможностей рецепции права⁵, часть третья статьи 36 проекта разумно дополнить нормой о том, что «Орган, ведущий досудебное расследование, перед направлением постановления о прекращении уголовного дела (преследования) для утверждения прокурора выясняет мнение потерпевшего о возможности освобождения лица от уголовной ответственности».

4. Необходимо исключить из проекта норму, вводящую процессуальный статус неизвестного теории и практике уголовного процесса «свидетеля, имеющего право на защиту». Статья 78 проекта гласит: «В случае, если на лицо прямо указано в рапорте, жалобе (заявлении) потерпевшего или ином процессуальном документе, послужившем поводом к началу досудебного расследования, а также если против него имеются показания другого лица, то оно приобретает статус свидетеля, имеющего право на защиту».

В данном случае авторы, вероятно, имели в виду защиту от уголовного преследования (обвинения), а не защиту в контексте обеспечения безопасности свидетеля.

Вопреки канонам уголовно-процессуального статуса ошибочно объединяются положения свидетеля и подозреваемого, что приведет к нарушению конституционного принципа не свидетельствовать против самого себя (пп. 7) п. 3 ст. 77)⁶, возможности привлечения такого «свидетеля» к уголовной ответственности за отказ от самоизобличения.

Подобная неоднозначная ситуация с точным и своевременным определением статуса, несомненно, имеет место в следственной практике. Способом её разрешения может быть общепризнанная модель, предложенная в свое время проф. Карнеевой Л. М., о придании такому лицу непроцессуального (фактического, но нет юридического) статуса «заподозренного»⁷, что значимо при выдвижении версий и определении тактики расследования. Если же следовать предписаниям УПК, то закон не запрещает допрашивать данное лицо без каких-либо оговорок в качестве свидетеля об обстоятельствах уголовного правонарушения, но с соблюдением правила о запрете для каждого не свидетельствовать против самого себя.

5. В проекте отсутствует четкое определение момента установления оснований (признаков уголовного правонарушения) для начала уголовного преследования, не предусмотрено его процессуальное оформление. Тем самым снимается заслон от неосновательного уголовного преследования⁸.

Не вызывает сомнения, что начало досудебного расследова-

ния, а не только принятие уголовного дела к своему производству, должно сопровождаться вынесением органом досудебного расследования соответствующего постановления⁹. Такое процессуальное решение имеет значение для юридического определения момента применения средств доказывания и мер процессуального принуждения, влекущих ограничение конституционных прав и свобод физических и юридических лиц, возможности обжалования в суд данного решения, исключения незаконного и необоснованного уголовного преследования, в том числе лишь на основании одного заявления или сообщения о преступлении.

Юридическая неопределенность начала осуществления уголовного преследования сопряжена с несвоевременностью придания лицам статуса соответствующих участников процесса, которые без этого не могут пользоваться своими правами, в т.ч. на защиту, представление доказательств, заявление ходатайств, отводов и т.п. Иными словами для потенциального подозреваемого применяется заочное производство, о проведении которого он может узнать по завершению процесса доказывания, его изобличения.

Тем более, что де-факто часть четвертая статьи 179 проекта УПК предоставляет органам предварительного следствия и дознания в срок до трёх суток, без последующего продления, возможность установления признаков преступления (основания для начала уголовного преследования).

6. В целях обеспечения верховенства права, неотвратимости уголовной ответственности и наказания, исходя из конституционного предназначения, функций и широких полномочий органов прокуратуры, необходимо определить перечень относимых к её исключительной подсудственности уголовных дел. Высший надзор за точным и единообразным применением законов в ходе оперативно-розыскной деятельности, дознания и предварительного следствия наиболее успешно может быть реализован при расследовании следственным аппаратом прокуратуры дел о:

- преступлениях, совершенных лицами, обладающими привилегиями и иммунитетом от уголовного преследования;
- должностных и коррупционных преступлениях, совершенных сотрудниками специальных и правоохранительных органов (за исключением органов прокуратуры);
- пытках;
- укрытии преступлений.

Для обеспечения объективности расследования уголовные дела о преступлениях, совершенных сотрудниками и работниками прокуратуры, должны расследоваться только тем или иным органом дознания, предварительного следствия в зависимости от предметного или персонального признака подсудственности, за исключением самой прокуратуры. Данный подход позволит избежать конфликта интересов, установить в досудебном уголовном производстве систему сдержек и противовесов, развеять мифы о непогрешимости или коррумпированности органов прокуратуры.

Кроме того, наряду с дискреционной строго определенной подсудственностью органов прокуратуры не потребует внесения в проект несистемных поправок. В частности, речь идет об обязательном согласовании с прокурором постановлений о признании подозреваемым и квалификации деяния подозреваемого,

⁹См.: Насыров Г.Х. Новый УПК – международный стандарт или узаконенное беззаконие? // Мегаполис. 2013. 18 марта.



Зал судебного заседания Карагандинского областного суда

вынесенных в отношении адвоката, прокурора, сотрудников и руководителей органов досудебного расследования, когда они связаны с их профессиональными и служебными обязанностями. Предлагаемым паллиативным решением проблемы существенно нарушается процессуальная самостоятельность лица, ведущего расследование. Согласие прокурора (по проекту - руководителя прокуратуры) разумно заменить принятием им дела к своему производству.

По большому счету, несистемное решение вопроса о подсудственности органов прокуратуры порождает новые «старые» проблемы. В частности, конституционная поправка 2007 г. (исключение статьи 84) и введение в 2009 г. специальных прокуроров восстановили следственную функцию органов прокуратуры, поставив её под надзор своего же ведомства. В обозримой перспективе для Казахстана могут быть полезны как переосмысление собственного, так и адаптация международного опыта разграничения функций расследования и прокурорского надзора, поэтапной замены последнего судебным контролем.

7. Прописанные проектом полномочия следственного судьи разумно дополнить его правом в ходе досудебного расследования на прекращение уголовного дела (преследования) по нереабилитирующим основаниям с одновременным решением вопросов о судьбе вещественных доказательств, орудий и предметов преступления, процессуальных издержках, отмене ареста на имущество; вынесение частных постановлений об ответственности должностных лиц, допустивших в ходе досудебного производства незаконное ограничение или иные нарушения прав и свобод человека, охраняемых законом интересов организаций; разрешение вопросов об отводе лиц, ведущих досудебное расследование¹⁰.

¹⁰Более подробно см.: Ахпанов А.Н., Юрченко Р.Н. О следственном судье в уголовном процессе Республики Казахстан // Фемида. 2013. № 3. С. 5-7.

При решении вопросов, связанных с санкционированием содержания под стражей, иных мер процессуального принуждения, процессуальных и следственных действий, следственный судья должен иметь право на исследование уголовно-правовых, уголовно-процессуальных оснований наряду с учитываемыми при этом обстоятельствами с тем, чтобы обеспечить законность, обоснованность и мотивированность ограничения конституционных прав и свобод.

Сужение подобных полномочий неприемлемо с позиции несовпадения процессуальных функций судьи и следственного судьи, когда последний не рассматривает уголовное дело по существу. И только следственный судья несет полноту ответственности за санкционирование отнесенных к его компетенции процессуальных решений и действий или отказ в этом.

Запрет законом на изучение следственным судьей уголовно-правовых (доказанность события и состава преступления, совершение деяния именно подлежащим аресту лицом, отсутствие исключающих уголовное преследование обстоятельств) и уголовно-процессуальных (статья 139 действующего УПК и статья 136 проекта УПК) оснований ареста, влечет его санкционирование (по республике 94 % за 1 полугодие 2013 г.)¹¹ при не исследованности судом указанных оснований.

В конечном счете, ответственность за незаконный и необоснованный арест или отказ в этом ложится только на суд, вынужденно принимающий данное решение в условиях искусственно созданной УПК информационной неопределенности. Прокурор к этой ситуации юридически не причастен.

Между тем ныне существующая и воспроизводимая проектом модель судебного санкционирования, в частности, ареста в качестве меры пресечения, де-факто сохраняет исключительную прерогативу прокурора на досудебное ограничение личной сво-

¹¹ Текущее делопроизводство Верховного Суда РК за 1 полугодие 2013 года.

⁵ См.: часть третья статьи 286 УПК Украины.

⁶См.: Конституция Республики Казахстан // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029.

⁷См.: Карнеева Л.М. Привлечение к уголовной ответственности. Законность и обоснованность. М. 1971. С. 61.

⁸Между тем по УПК европейских государств (Австрия, Бельгия, Германия, Италия, Франция и др.) возбуждению (инициации) уголовного преследования в отношении конкретного лица и началу предварительного следствия, также как и в РК и на постсоветском пространстве (кроме Грузии и Украины) предшествует проверка в форме полицейского дознания (аналог нашей доследственной проверки), в ходе которого устанавливаются признаки преступления (например, § 152, 160, 169а УПК ФРГ, ст. 31 УПК Франции, ст. 112 Конституции Италии). В то же время УПК этих стран предусматривает основания отказа прокурора от возбуждения уголовного преследования. В других странах (ст. 24 УПК Албании, ст. 83, 86, 87 УПК КНР, Греция, Испания, Англия) существует стадия возбуждения уголовного дела.

боды подозреваемого, обвиняемого, превращая судебный акт в правовую фикцию.

Примечательно, что усечение пределов исследования оснований названных решений и действий расходится с одним из общих условий осуществления полномочий следственным судьей, изложенным в пункте 2) части третьей статьи 56 проекта. Модель нормы гласит, что он «вправе знакомиться со всеми материалами соответствующего досудебного производства и исследовать их».

Нуждается в упрощении и ускорении весь механизм судебного санкционирования (согласования, разрешения) в стадии досудебного расследования, в частности, должна быть минимизирована громоздкая и длительная процедура предварительного (до суда) фактического санкционирования прокурором решений и действий органов расследования.

8. В следственной и судебной практике пробелен вопрос об исчислении сроков содержания под стражей при обжаловании, опротестовании отказа в его санкционировании, до фактического исполнения обязательств залогодателем, если при этом истекает время задержания подозреваемого (72 часа).

Разрешение проблемы позволит не допускать внесудебное ограничение свободы неприкосновенности личности в уголовном процессе и соответствует пункту 7 решения Конституционного Совета РК от 13 апреля 2012 г. № 2 «Об официальном толковании норм Конституции Республики Казахстан по вопросу исчисления конституционных сроков»¹².

В связи с изложенным предлагаем часть четвертую статьи 107 проекта дополнить абзацем в редакции: «Отказ в санкционировании содержания под стражей без избрания домашнего ареста или залога в отношении лица, к которому применено задержание на основании статьи 128 настоящего Кодекса, может быть обжалован, опротестован в суде немедленно после оглашения постановления следственного судьи, о чем делается соответствующая отметка в протоколе судебного заседания. Постановление следственного судьи с приложенными к нему материалами немедленно направляются в областной и приравненный к нему суд».

Наряду с этим часть четвертая статьи 131 проекта может быть дополнена предложением в виде абзаца: «При обжаловании, опротестовании отказа следственного судьи в санкционировании содержания под стражей, если при этом не применен домашний арест или залог, данный срок постановлением следственного судьи может быть продлен свыше семидесяти двух часов на время пересмотра решения в областном и приравненном к нему суде в соответствии с частью пятой статьи 107 настоящего Кодекса».

Кроме того, часть четвертая статьи 145 проекта УПК целесообразно дополнить абзацем в редакции: «В случае применения меры пресечения в виде залога к подозреваемому, задержанному на основании статьи 128 настоящего Кодекса, до фактического внесения залога, следственный судья избирает меру пресечения – содержание под стражей».

9. Глава 30 проекта УПК о негласных следственных действиях нуждается в ряде существенных поправок, а по мнению известного криминалиста проф. Гинзбурга А. Я., и вовсе в упразд-

нении¹³. Представляется, что новые способы собирания доказательств адекватны современным криминальным вызовам и угрозам, повышают безопасность участников процесса и обеспечивают надежность доказывания по глубоко законспирированным деяниям.

Негласные следственные действия (НСД) могут быть операционально определены как вспомогательные по отношению к следственным действиям, тайные от заинтересованных в исходе дела участников процесса, способы собирания доказательств с применением информационных технологий, направленные на установление предмета доказывания по конкретному уголовному делу, применяемые с санкции прокурора в ходе досудебного производства по постановлению либо поручению органа досудебного расследования.

По аналогии с общими по правовой природе действующими де-факто НСД (ст.ст. 236, 237 действующего УПК РК - перехват сообщений; прослушивание и запись переговоров) в проекте УПК необходимо сократить их перечень вдвое, сохранив только следующие:

- негласный аудиоконтроль и (или) видеоконтроль лица или места;
- негласный контроль, перехват и снятие информации, передающейся по сетям электрической (телекоммуникационной) связи;
- негласное получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами;
- негласное снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации;
- негласный контроль почтовых и иных отправлений.

В то же время логично исключить из проекта УПК следующие НСД: 1) негласное проникновение и (или) обследование места; 2) негласное наблюдение за лицом или местом; 3) негласная контролируемая поставка; 4) негласный контрольный закуп; 5) негласное внедрение в преступную среду и (или) имитация преступной деятельности, поскольку в их результате, как правило, получается вербальная (словесная) информация.

Во-первых, только предложенные к сохранению в проекте УПК НСД обеспечат собирание с помощью технических средств и информационных технологий, проверяемую с позиций относимости, допустимости и достоверности информации, могущую иметь доказательственное значение по уголовному делу. Во-вторых, исключаемые НСД определяют не оперативно-процессуальную форму доказывания, а тактику оперативно-розыскной деятельности при проведении НСД, выходящую за пределы поручения следователя органам дознания. В-третьих, полученная в результате предложенных мною к исключению из проекта УПК НСД вербальная информация имеет лишь ориентирующее значение для обнаружения новых источников доказательств, но не может использоваться как доказательства.

Представленные следователю на основании оформленного им в соответствии с предписаниями закона постановления результаты сохраняемых НСД являются самостоятельным источником доказательств – документами (часть вторая ст. 120 проекта УПК)

¹³См.: Гинзбург А. Я. Читая Проект Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. О так называемых «негласных следственных действиях». Глава 31 Проекта УПК РК (от 28 февраля 2013 г.) (в порядке обсуждения) // <http://www.zakon.kz/> Право. Аналитика. 26 марта 2013 года.

¹²См.: Послание Конституционного Совета Республики Казахстан «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» // Казахстанская правда. 2013. 15 июня.

с приложением соответствующих технических носителей. Они могут быть признаны следователем, прокурором, судом допустимым или недопустимыми ввиду соответствия процессуальной форме.

Относимость и достоверность результатов сохраняемых НСД проверяется на общих основаниях (экспертизы, допросы, очные ставки, предъявление в ходе допроса, сопоставление с другими доказательствами и т.д.). При проверке результатов НСД должна обеспечиваться закрытость носителя и способа получения конфиденциальной информации в соответствии с требованиями законодательства.

Предлагаемые мною к исключению из проекта УПК, а также сохраняемые в нём НСД должны полностью дублироваться в Законе РК «Об оперативно-розыскной деятельности». Такой подход обусловлен тем, что одинаковые по сути НСД и оперативно-розыскные мероприятия (ОРМ) имеют тройное предназначение: НСД – вспомогательные средства доказывания обстоятельств расследуемого преступления, поручаемые органу дознания следователем; ОРМ – способы предупреждения и выявления преступлений; ОРМ и НСД - методы разведывательной и контрразведывательной деятельности.

Кроме того, следует восстановить в проекте статью 130 действующего УПК РК. Она предназначена для введения в процесс доказывания негласной вербальной информации, полученной в ходе проведения ОРМ, в том числе предлагаемых нами к исключению НСД; поиска источников доказательств; использования в качестве ориентирующей информации в тактике следственных и судебных действий; обеспечения конфиденциальности и защиты физических и технических носителей негласной вербальной информации.

10. Принимая во внимание различную правовую природу, цели, предназначение, механизм, условия и правовые последствия, нельзя подменять при расследовании и рассмотрении уголовных дел примирение сторон процедурой медиации. Проектом не предусмотрен процессуально-правовой механизм реализации медиации, а сохраняемый порядок медиации дублирует и усложняет институт примирения сторон. Между тем цели и последствия меди-

ации (снятие конфликта, его минимизация, принятие на себя виновным дополнительных обязательств, рассрочка или отсрочка заглаживания причиненного уголовным правонарушением вреда, применение уголовного закона о менее тяжком правонарушении, смягчение наказания и т.д.) значительно шире примирения сторон как обстоятельства, исключающего или не позволяющего осуществлять уголовное преследование либо освобождающего лицо от уголовной ответственности.

А. Н. Ахпанов: Қазақстан Республикасының ҚІЖК жаңа редакциясының жобасына сындарлы-сыни тәсіл.

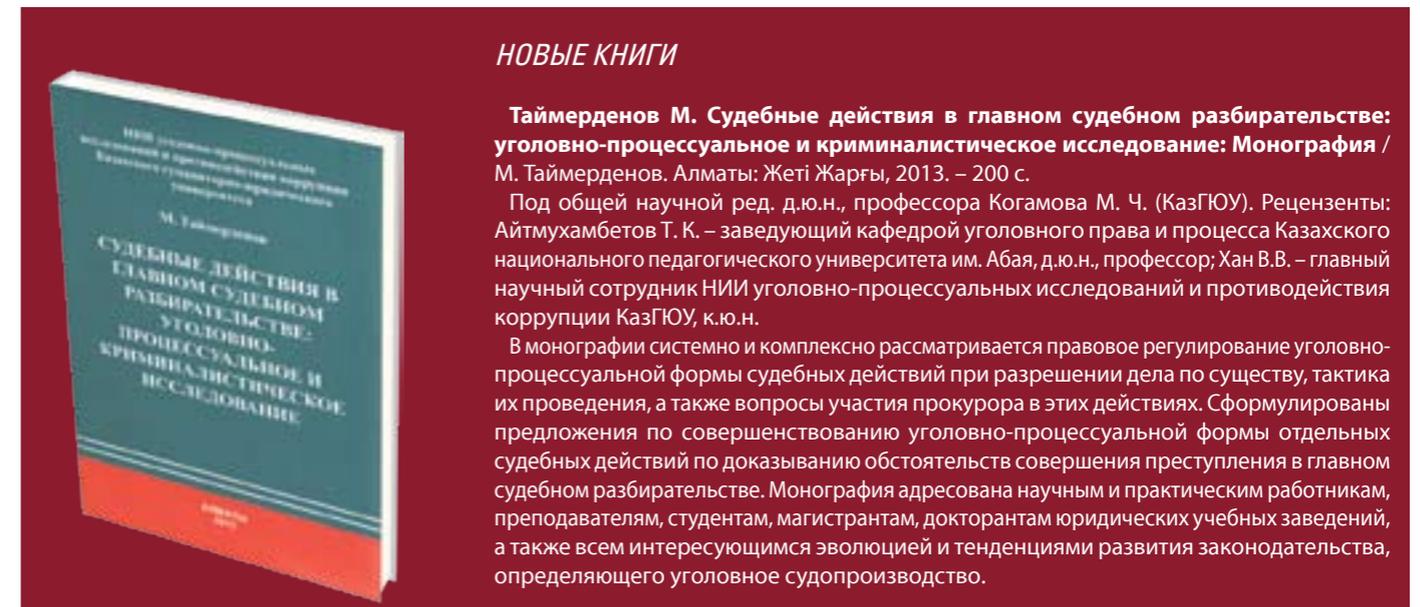
Автор қылмыстық іс жүргізу міндеттерін нақтылайды, жеке тұлға құқығының кепілдігі мен сот әділдігін күшейту бойынша және сотқа дейінгі өндірісте сот бақылауын, қылмыстық іс жүргізу қатынастардың және қылмыстық мерзімді іздестірудің басын заңдық констатациялауды кеңейту бойынша, іс жүргізу мәжбүрлеудің жекелеген шараларын қолдану барысындағы мерзімдерді есептеу кезінде кемшіліктердің орнын толтыру, жасырын тергеу әрекеттерін және жедел-іздестіру шараларын бөлу, прокуратура органдарына қылмыстық істердің ерекше салдарын белгілеу бойынша ұсыныстар енгізеді.

Түйінді сөздер: қылмыстық іс жүргізу, реформалау, міндеттер, кепілдіктер, сот бақылауы, тергеу судьясы, тергеуасты, мерзімдер, дәлелдеу тәсілі, медиация.

A. Akhpanov: Constructive and critical approach to the project of new edition of Criminal procedure code of Republic of Kazakhstan.

The author clarifies the objectives of the criminal procedure and suggests to strengthen the guarantees of human rights and the criminal justice. He offers to expand judicial control of pre-trial proceedings, to make a legal statement in the start of criminal procedure relations and persecution, to fill gaps in the calculation of deadlines in the application of specific measures of procedural coercion, to distinguish the secret investigations and search operations, to establish an exclusive jurisdiction for the prosecution of criminal cases.

Keywords: criminal procedure, reform, tasks, guarantees, judicial control, investigation judge, jurisdiction, deadlines, means of substantiation, mediation.



НОВЫЕ КНИГИ

Таймерденов М. Судебные действия в главном судебном разбирательстве: уголовно-процессуальное и криминалистическое исследование: Монография / М. Таймерденов. Алматы: Жеті Жарғы, 2013. – 200 с.

Под общей научной ред. д.ю.н., профессора Когамова М. Ч. (КазГЮУ). Рецензенты: Айтмухамбетов Т. К. – заведующий кафедрой уголовного права и процесса Казахского национального педагогического университета им. Абая, д.ю.н., профессор; Хан В.В. – главный научный сотрудник НИИ уголовно-процессуальных исследований и противодействия коррупции КазГЮУ, к.ю.н.

В монографии системно и комплексно рассматривается правовое регулирование уголовно-процессуальной формы судебных действий при разрешении дела по существу, тактика их проведения, а также вопросы участия прокурора в этих действиях. Сформулированы предложения по совершенствованию уголовно-процессуальной формы отдельных судебных действий по доказыванию обстоятельств совершения преступления в главном судебном разбирательстве. Монография адресована научным и практическим работникам, преподавателям, студентам, магистрантам, докторантам юридических учебных заведений, а также всем интересующимся эволюцией и тенденциями развития законодательства, определяющего уголовное судопроизводство.