

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

ИНСТИТУТЫ ОТКАЗА ПРОКУРОРА ОТ ОБВИНЕНИЯ И ИЗМЕНЕНИЯ ОБВИНЕНИЯ В СУДЕ: ПОСТСОВЕТСКИЕ ПЕРСПЕКТИВЫ В УСЛОВИЯХ ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ЗАБЛУЖДЕНИЙ

© 2012 г. Леонид Витальевич Головко¹

Краткая аннотация: институты отказа прокурора от обвинения и изменения обвинения уже много лет вызывают в постсоветских странах полемику между сторонниками “состязательной парадигмы” и сторонниками теории объективной истины. В статье предпринята попытка выработать новый подход к анализу проблемы данных институтов, в центре которого находится так называемая “экзистенциальная проблема” состязательности – сложность персонификации в уголовном процессе стороны обвинения. В такой ситуации возникает необходимость легитимации обвинительной деятельности прокурора со стороны общества. В сравнительно-правовом смысле можно выделить две модели такой легитимации – политическую модель (США) и юридическую модель (континентальная Европа). В постсоветских странах подобная легитимация в значительной мере утрачена, что предопределено рядом исторических и теоретических деформаций, без преодоления которых невозможно адекватно решить проблему отказа прокурора от обвинения и изменения обвинения в суде.

Annotation: in the many years, the institutions of refusal to prosecute and of modification of the prosecution during the trial provoke in post-Soviet countries polemic between supporters of accusatorial paradigm and supporters of objective truth’s inquisitorial theory. The author of the article proposes the new approach that can be used for the analysis of the problem. This approach is focusing on the so-called “existential problem” of the accusatorial principle: the major difficulty to personalize the real prosecuting party in criminal procedure. In this situation, one needs to legitimate the prosecutorial activity of the official prosecutor by the society altogether. From the comparative point of view, two models of such legitimation can be determined – the political model (US) and the juridical model (continental Europe). In post-Soviet countries this legitimation is in large part lost because of some historical and theoretical deformations. Without overcoming these deformations, the adequate solution of the problem concerning the two polemic institutions seems impossible.

Ключевые слова: постсоветское право; уголовный процесс; отказ прокурора от обвинения; изменение обвинения в суде.

Key words: post-Soviet law; criminal procedure; refusal to prosecute; modification of the prosecution during the trial.

Проблема процессуальных последствий **отказа прокурора от обвинения** в судебных стадиях уголовного процесса обсуждается в постсоветской доктрине достаточно давно, начиная еще с тех времен, когда она была доктриной не “постсоветской”, а “советской”. Как правило, полемика ведется вокруг того, должен ли суд в такой ситуации продолжить рассмотрение дела по существу и разрешить его по собственному усмотрению в духе концепции “объективной (материальной) истины” или немедленно прекратить производство по делу в духе противоположной концепции “чистой состязательности” (нет активной стороны обвинения, т.е. нет спора – нет процесса). Вопрос

о возможности и процессуальных последствиях **изменения прокурором обвинения** после принятия дела судом к производству всегда оставался несколько “в тени” более яркой полемики об “отказе от обвинения”, вызывая много меньше дискуссий, но и здесь все обычно сводится к степени активности суда и его связанности (несвязанности) позицией стороны обвинения в лице прокурора.

Если в позднесоветскую эпоху сторонники жесткой обязанности суда прекратить дело в случае отказа прокурора от обвинения, т.е. апологеты, условно говоря, “состязательной парадигмы” вели баталии исключительно *de lege ferenda*²,

¹ Профессор кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук (E-mail: leogol1967@gmail.com).

² См., например: Петрухин И.Л. Правосудие: время реформ. М., 1991. С. 172 (здесь автор идет еще дальше. Он полагает, что в случае отказа прокурора от обвинения должно следовать не прекращение дела, но вынесение оправдательного приговора).

проигрывая оппонентам в нормативном поле, то с 90-х годов ситуация во многих постсоветских странах радикально изменилась. Например, в России после вынесения Конституционным судом РФ Постановления от 20 апреля 1999 г. и принятия нового УПК РФ уже представители парадигмы “материальной (объективной) истины” оказались в своеобразной теоретической оппозиции³, поскольку ныне основанная на правовой позиции Конституционного суда РФ ч. 7 ст. 246 УПК РФ гласит, что “полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения в ходе судебного разбирательства влечет за собой прекращение уголовного дела или уголовного преследования полностью или в соответствующей части”. Сегодня эту точку зрения для России можно считать едва ли не ортодоксальной не только в нормативной, но и в сугубо доктринальной плоскости⁴.

Насколько она ортодоксальна для других постсоветских стран? Представляется, что они идут по тому же концептуальному пути, но с много большей технической осторожностью, пытаясь найти *компромисс* между старой “немодной” моделью, когда суд обязан продолжить слушание дела при отказе прокурора от обвинения, и новой “модной” моделью, когда тот же суд обязан прекратить дело в случае отказа прокурора от обвинения.

В этом смысле, допустим, уголовно-процессуальное законодательство Узбекистана, по-прежнему жестко основанное на принципе “установления истины” (ст. 22 УПК), обязывающее прокурора при появлении у него убеждения в невиновности подсудимого отказаться от обвинения путем предоставления суду письменных мотивов отказа (ст. 409 УПК), но не снимающее с суда обязанности самостоятельно выяснить все обстоятельства

дела, вряд ли показательны⁵. Не стоит забывать, что УПК Узбекистана принимался еще в 1994 г. – задолго до оформления не только общих постсоветских, но даже региональных центральноазиатских тенденций решения интересующей нас проблемы, когда доктринальные баталии между “традиционалистами” и “новаторами” только еще разворачивались на уголовно-процессуальной территории бывшего СССР. Столь же не показателен в интересующем нас аспекте новый УПК Грузии, принятый в 2009 г. и вступивший в силу 1 октября 2010 г., хотя и по прямо противоположной причине – к этому кодексу можно относиться по-разному, но плодом *национальной* эволюции грузинского права он не является, будучи элементарным переводом на грузинский язык американского законодательства, причем иногда даже, что особенно курьезно, с сохранением специфических англосаксонских терминов⁶. Поэтому разбирать предложенную в новом УПК Грузии и нередко критикуемую грузинскими специалистами⁷ теорию “прокурорской дискреции” смысла нет – лучше тогда обратиться непосредственно к уголовному процессу США, что мы и сделаем в дальнейшем.

Типичный постсоветский вариант ответа на вопрос о процессуальных последствиях отказа прокурора от обвинения, который мы позволим себе назвать “компромиссной парадигмой”, был найден во второй половине 90-х годов с принятием в 1997 г. УПК Казахстана и чуть позже (1999 г.) – УПК Беларуси и УПК Кыргызской Республики. Суть предложенного решения свелась к закреплению состязательного начала с одновременным “реверансом” в сторону принципа материальной (объективной) истины посредством предоставления потерпевшему права на субсидиарный уголовный иск в случае отказа от обвинения должностного обвинителя. Иначе говоря, как гласит ст. 317 УПК Казахстана (в ред. Закона от 11 июля 2001 г.),

³ См., например: *Васильев О.Л.* Состязательность как принцип организации судебного следствия в уголовном процессе (Размышления над Постановлением Конституционного суда РФ от 20 апреля 1999 г.) // Вестник МГУ. Сер. 11 “Право”. 1999. № 5. С. 56, 57 и др.

⁴ Характерно, что даже те авторы, которых сложно упрекнуть в “состязательном радикализме” и скорее можно отнести к представителям континентальной традиции в духе “мягкого” (умеренного) следования принципу материальной истины, уже не ставят в целом под сомнение общую идею, отраженную в ч. 7 ст. 246 УПК РФ (обязанность суда прекратить дело в случае отказа прокурора от обвинения). Их предложения имеют много более сдержанный характер (предоставить потерпевшему право самостоятельно поддерживать обвинение в случае отказа от него прокурора и т.д.) (см., например: *Михайлов А.А.* Изменение прокурором обвинения и отказ прокурора от обвинения в суде первой инстанции. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Томск. 2008. С. 25).

⁵ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан // Сб. уголовно-процессуальных кодексов стран Центральной Азии (Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан, Туркменистан и Узбекистан). Алматы. ОБСЕ-БДИПЧ. 2010. С. 879, 1011.

⁶ Например, ст. 222 нового УПК Грузии именуется *Voir Dire*, что является прямым воспроизведением старофранцузского средневекового выражения “говорить правду” и исторически обозначает в странах общего права особую процедуру отбора присяжных. Ясно, что ни о каком *национальном* грузинском правовом творчестве речь в данном случае не идет.

⁷ См., например: *Менаришвили Г., Чхеидзе И.* Новый Уголовно-процессуальный кодекс Грузии: реформа или контрреформа? (статья опубликована на сайте агентства “Грузияинформ” по адресу: http://ru.saqinform.ge/index.php?option=com_content&view=article&id=1388&catid=76&Itemid=491, последнее посещение – 7 октября 2011 г.).

“в случае полного отказа прокурора от обвинения, если от обвинения отказался и потерпевший, суд своим постановлением прекращает дело. Если же потерпевший настаивает на обвинении, суд продолжает разбирательство и разрешает дело в общем порядке. Прокурор в этом случае освобождается от дальнейшего участия в процессе, а обвинение поддерживает потерпевший лично или через представителя”⁸. Та же самая концепция нашла отражение в ст. 293 УПК Беларуси, которую нет смысла цитировать ввиду едва ли не дословного совпадения со ст. 317 УПК Казахстана⁹. Аналогичный подход, пусть и в иной, несколько более сложной редакции, содержится в ст. 27, 28 и 258 УПК Кыргызской Республики, где центральной идеей является тезис о том, что “отказ прокурора от обвинения не лишает потерпевшего права поддерживать обвинение” (ч. 2 ст. 27 УПК КР)¹⁰.

Так сформировалась постсоветская тенденция, которая совсем недавно была подхвачена новыми УПК Таджикистана и Туркменистана, принятыми в 2009 г. Разница только в том, что таджикский законодатель закрепил “компромиссную парадигму” в абсолютно хрестоматийном виде, полностью присоединившись в данном аспекте к своим казахским, белорусским и кыргызским коллегам (ч. 10 и ч. 11 ст. 279 УПК Таджикистана)¹¹, тогда как туркменский законодатель проявил здесь некоторую осторожность и, если угодно, консерватизм. В новом уголовном процессе Туркменистана “компромиссная парадигма” действует исключительно по делам небольшой и средней тяжести, причем если подсудимый впервые привлекается к уголовной ответственности. По делам о тяжких и особо тяжких преступлениях суд по-прежнему рассматривает дело до конца, будучи обязанным самостоятельно установить по нему “истину”, даже в том случае, когда прокурор отказался от обвинения (ч. 7 ст. 356 УПК Туркменистана)¹².

Но думается, что туркменский “первый шаг” лишь подчеркивает наличие общей постсоветской тенденции.

Является ли эта “компромиссная парадигма” теоретически адекватным и, главное, *окончательным* решением проблемы процессуальных последствий отказа прокурора от обвинения в судебных стадиях уголовного процесса? При всех наших глубоких и абсолютно искренних к ней симпатиях – вряд ли. Речь скорее идет о временной мере, позволяющей “перевести дух” и глубоко задуматься над подлинно концептуальным решением. Собственно, именно во временном (неокончательном) характере подобного законодательного подхода нам видится действительный “компромисс” самой парадигмы, чем, строго говоря, и объясняются наши к ней симпатии.

Но на концептуальном уровне здесь сразу же возникает очень много вопросов. Во-первых, понятно, что потерпевший является далеко не обязательной фигурой каждого уголовного дела – по некоторым категориям преступлений, подчас весьма опасных (государственные преступления, налоговые преступления и др.), его нет и быть не может. Во-вторых, нередко наличие или отсутствие реальных потерпевших зависит от факторов абсолютно случайных, что характерно, допустим, для террористических актов. В-третьих, потерпевший может быть элементарно мертв, скажем, при доведенном до конца умышленном убийстве. Неужели процессуальный механизм рассмотрения уголовного дела в современном государстве, включая понимание состязательности, должен зависеть от того, выжил человек, потерпевший от преступления (тогда отказ прокурора от обвинения не обязательно приводит к прекращению судом дела), или не выжил (тогда у суда выбора нет), является он совершеннолетним или малолетним и т.д.? Более того, в такой ситуации возникает странная и парадоксальная закономерность: чем более опасным с точки зрения последствий оказывается преступление (оконченное убийство, преступление в отношении малолетнего и т.д.), тем более состязательным становится уголовный процесс. Видимо, именно данной закономерностью объясняется решение туркменского законодателя отказаться от “компромиссной парадигмы” по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, сохранив по ним традиционный подход. В этом есть своя логика, но логика отнюдь не процессуальная.

Для нас совершенно ясно, что предоставление потерпевшему права самостоятельно поддерживать обвинение в случае отказа от него прокурора – это решение не проблемы института отказа

⁸ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан // Сб. уголовно-процессуальных кодексов стран Центральной Азии (Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан, Туркменистан и Узбекистан). С. 183, 184.

⁹ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь / Вступ. статья Л. Л. Зайцевой. Минск, 2000. С. 238.

¹⁰ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики // Сб. уголовно-процессуальных кодексов стран Центральной Азии (Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан, Туркменистан и Узбекистан). С. 314, 315, 408.

¹¹ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Республики Таджикистан // Сб. уголовно-процессуальных кодексов стран Центральной Азии (Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан, Туркменистан и Узбекистан). С. 594.

¹² Türkmenistanyň jenaýat iş ýörediş kodeksi / Уголовно-процессуальный кодекс Туркменистана. Аşgabat. 2009. С. 379 (здесь текст соответствующей статьи на русском языке).

прокурора от обвинения, а совершенно иной проблемы – прав потерпевшего в уголовном процессе. Иначе говоря, если в уголовном деле имеется конкретный потерпевший, то его права не должны быть ущемлены. Это – аксиома. Но она существует безотносительно к институту отказа прокурора от обвинения. Влияние данной аксиомы на интересующий нас институт, конечно, имеет место, но в достаточно локальном аспекте, к чему мы еще вернемся. Однако подменять одну проблему другой категорически не следует. При “компромиссной парадигме” происходит именно такая подмена, что недопустимо ни методологически, ни теоретически. Поэтому, с методологической точки зрения, во избежание отмеченной выше “подмены” проблему процессуальных последствий отказа прокурора от обвинения необходимо рассматривать как проблему совершенно автономную, возникающую абсолютно по всем уголовным делам, независимо от того, участвуют в них конкретные потерпевшие или не участвуют. Фигуру потерпевшего мы также, разумеется, не забудем. Периодически она будет появляться в нашем анализе и занимать процессуальное место рядом с прокурором. Но нас прежде всего интересует, условно говоря, “одиноким прокурор”, который призван поддерживать обвинение в том числе по уголовным делам, по которым потерпевших нет вовсе, по крайней мере нет в физическом смысле этого слова.

Именно в контексте “одиноким прокурора” мы и попытаемся вновь взглянуть на институт отказа должностного обвинителя от обвинения, чтобы понять, каковы его перспективы на постсоветском пространстве. “Компромиссная парадигма” нам при этом в теоретическом плане ни помочь, ни помешать уже не может, поскольку в ситуации “одиноким прокурора” полностью утрачивает какой-либо концептуальный смысл, что лишний раз доказывает ее слабость.

И еще одно замечание методологического характера. Кому-то могло показаться, что в этой “предварительной” части нашего анализа мы полностью упустили из виду институт изменения обвинения, сосредоточившись лишь на институте отказа от обвинения. На самом деле это не так. Но институт изменения обвинения, по традиции всегда соседствующий в доктрине с институтом отказа от обвинения¹³ (можно сказать – находя-

щийся в скобках), должен быть из скобок выведен и занять в уголовно-процессуальной теории самостоятельное место. Условное соседство институтов отказа от обвинения и изменения обвинения допустимо лишь на уровне постановки проблем, но не на уровне их решения, с чем мы и столкнулись в ходе настоящего исследования. Вопросы, связанные с институтом отказа от обвинения, глубже, концептуальнее и, если угодно, экзистенциальнее, находясь не только в юридической, но и в политической плоскости. Совершенно иная ситуация наблюдается в случае с институтом изменения обвинения, существующим исключительно в процессуально-техническом измерении и близко примыкающим не столько к институту отказа от обвинения (как кажется на первый взгляд), сколько к институту пределов судебного разбирательства, в котором нет ничего экзистенциального и внеюридического. Именно поэтому мы рассмотрим здесь институты отказа от обвинения и изменения обвинения не через ставшие уже привычными скобки, а в качестве двух автономных процессуальных феноменов, вызывающих разные процессуальные проблемы и нуждающихся в разных процессуальных решениях.

I. Институт отказа от обвинения – где лежит теоретическая ошибка?

1. Экзистенциальная проблема состязательности в уголовном процессе

Господствующий ныне в постсоветских государствах теоретический подход к институту отказа прокурора от обвинения основан, как известно, на принципе состязательности и сопряжен с сугубо техническим (процессуальным) пониманием данного принципа. Дескать, судебное разбирательство должно быть состязательным. Для состязательности необходима сторона обвинения. Если сторона обвинения из спора “выходит”, признавая правоту стороны защиты, то процесс следует немедленно остановить, вынеся решение в пользу стороны защиты. Далее возможна полемика об учете позиции потерпевшего и т.д. Но сам факт того, что в отсутствие стороны обвинения суд обязан прекратить дело, сомнений, казалось бы, не вызывает, по крайней мере не вызывает до тех пор, пока мы остаемся в русле сугубо процессуальной логики и не пытаемся проанализировать “состязательную парадигму” с внешней (непроцессуальной) стороны.

Но стоит лишь слегка отрешиться от узко процессуальной логики, как перед нами немедленно возникает фундаментальная проблема состязательности уголовного процесса, с которой стал-

¹³ См., например: Михайлов А.А. Указ. соч. (здесь характерно само наименование диссертационного исследования, представляющее в виде яркой иллюстрации соответствующей доктринальной традиции, что никак не умаляет достоинств самой диссертации).

квивается любая процессуальная система (англо-саксонская, континентальная, постсоветская и т.п.). Данную проблему мы обозначим в качестве *экзистенциальной проблемы состязательности*. Она связана со сложностями персонификации в уголовном процессе стороны обвинения. Действительно, о ком идет речь? Преступление “общественно опасно”, следовательно обвиняет в уголовном процессе общество в целом. Но его можно персонифицировать лишь политически, да и то достаточно условно. Юридическая персонификация категории “общество” совершенно немислима. Быть может, тогда стороной обвинения следует признать государство? Но на каком основании государство присвоило себе право обвинять от имени общества? Это опять-таки вопрос политический или по крайней мере конституционно-правовой. К нему добавляется сугубо юридическая проблема, поскольку персонифицировать категорию “государство” не проще, чем категорию “общество”. Можно ли тогда свести сторону обвинения к “прокурору”, что, собственно, и делается большинством процессуалистов¹⁴? Но кто уполномочил прокурора действовать в уголовном процессе в качестве стороны обвинения, кто уполномочил его “по своему усмотрению... распоряжаться обвинением”¹⁵ по делам, которые считаются **общественно** опасными, т.е. касаются каждого члена общества? Начальник? А кто и когда уполномочил начальника и каковы пределы его полномочий? Если к триаде “общество – государство – прокурор” добавить еще и потерпевшего, превратив ее из триады в квадригу, то ситуация становится еще более запутанной.

Подчеркнем, что “экзистенциальная проблема состязательности” возникает лишь в уголовном процессе. В гражданском процессе ее нет. Во-первых, здесь почти не возникают и не могут возникнуть вопросы с персонификацией истца, являющегося конкретным частным лицом. Во-вторых, в тех относительно редких случаях, когда персонификация истца вызывает некоторые сложности, допустим, при предъявлении прокурором иска в

интересах “слабой стороны” (несовершеннолетние, недееспособные, больные и т.п.), гражданское процессуальное право превосходно с ними справляется сугубо процессуально-техническими средствами, разграничивая истца в процессуальном смысле, истца в материально-правовом смысле, четко решая все проблемы, связанные с гипотетической коллизией их процессуальных позиций, и т.п.¹⁶

Ситуация выглядит более чем парадоксальной. Постсоветская гражданская процессуальная теория, имеющая дело с частными деликтами, весьма серьезно озабочена вопросами реального истца, формального истца (прокурора) и т.д., хотя речь идет лишь о незначительной части гражданских дел, тогда как постсоветская уголовно-процессуальная теория, имеющая дело с общественно опасными преступлениями, подобными вопросами вовсе не озабочена, хотя речь идет обо всех без исключения уголовных делах.

В целом ясно, что “экзистенциальная проблема состязательности” требует глубокого концептуального решения, которое только и в состоянии стать адекватной теоретической основой института отказа прокурора от обвинения. Такое решение по вполне понятным причинам не может слепо копировать гражданские процессуальные подходы, что и приводит к недостаточности постсоветской “компромиссной парадигмы”, где-то воспроизводящей *mutatis mutandis* гражданские процессуальные конструкции и видящей в потерпевшем нечто вроде “истца в материально-правовом смысле” (реального истца), действующего наряду с прокурором. Повторим еще раз – преступление общественно опасно и связано с интересами общества в целом, что значительно усложняет проблему состязательности в уголовном процессе, делая ее не только “экзистенциальной”, но и в значительной мере политической. Адекватно решить данную проблему можно только на достаточно глобальном уровне, превратив прокурора в подлинного представителя общества в уголовном процессе и установив за его действиями нечто вроде общественного контроля. Иначе говоря, необходимы юридические и (или) политические механизмы легитимации обвинительной деятельности прокурора со стороны общества, устанавливающие между обществом и прокурором зримую связь и не разрушающие состязательную логику уголовного судопроизводства. В сравнительно-правовом плане такие механизмы известны.

¹⁴ Некоторые специалисты мимоходом бросают фразу, что “прокурор поддерживает государственное обвинение... как представитель государства, поддерживая то обвинение, которое исходит от органа предварительного расследования (курсив наш. – Л.Г.)” (см.: Ефименко С. Отказ прокурора от обвинения при несогласии потерпевшего // Законность. 2011. № 10. С. 7; здесь же ссылка на соответствующую позицию И. Демидова и А. Тушева). Но эта никак не объясненная мысль только запутывает ситуацию. От кого все-таки исходит обвинение? Кто его персонифицирует?

¹⁵ Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. I. М., 2004. С. 82, 83.

¹⁶ См., например: ст. 45 ГПК РФ и т.д.

2. Способы преодоления “экзистенциальной проблемы состязательности”

а) легитимация прокурора со стороны общества политическим путем (американский вариант). Вопреки бытующим на постсоветском пространстве несколько “школьным” (если не сказать – наивным) представлениям о “чистой” англо-американской состязательности англосаксонский уголовный процесс не выработал на сугубо техническом уровне четкого отношения к институту отказа от обвинения в целом и праву прокурора отказаться от обвинения, в частности. Достаточно сказать, что в Англии правило о том, что “суд, столкнувшись со стороной обвинения, отказывающейся представлять обвинительные доказательства, не может преодолеть ее позицию и принять на себя руководство уголовным преследованием, чтобы самостоятельно допросить свидетелей обвинения”, появилось на прецедентном уровне только... в 1993 г., когда апелляционные судебные инстанции вынесли знаменитое прецедентное решение по делу Графтона (*R. v. Grafton*)¹⁷, т.е. появилось оно не в эпоху Великой хартии вольностей или хотя бы *Habeas corpus act*, а одновременно с “постсоветскими теоретическими мучениями”. До того ситуация в Англии оставалась достаточно запутанной, но в целом считалось, что отказ обвинителя от обвинения допустим лишь с согласия суда, т.е. в отсутствие судебного “одобрения” процесс должен продолжиться¹⁸. Да и могло ли быть иначе, учитывая, что обвинение всегда исторически было представлено в Англии нанятым Коронай адвокатом? Наличие в руках такого адвоката права самостоятельно “распоряжаться” обвинением от имени Короны выглядит по меньшей мере странно, что, кстати, подчеркивается в литературе и после дела Графтона в связи с “деликатнейшей проблемой степени независимости” нанятого Коронай (сегодня через Королевскую службу уголовного преследования – *Crown Prosecution Service*) адвоката¹⁹. В этом смысле английский уголовный процесс не дает нам устойчивой модели отношения к отказу прокурора от обвинения не потому, что не является состязательным, а потому, что не смог дать внятного теоретического ответа на вопрос об основаниях легитимации со стороны общества прокурорско-адвокатской обвинительной деятельности.

¹⁷ *Spencer J.R.* La procédure pénale anglaise. Paris, PUF. 1998. P. 72.

¹⁸ См., например: *Procédures pénales d'Europe / Sous la dir. de M. Delmas-Marty.* Paris, 1995. P. 167.

¹⁹ *Ibid.*

Такой ответ дала правовая система США, где мы и находим одну из теоретически адекватных моделей легитимации деятельности прокурора в уголовном процессе, в том числе в аспекте отказа от обвинения. При этом дело здесь отнюдь не только в “парадигме состязательности”. Она, конечно, в американском уголовном процессе существует, в связи с чем возникает процессуальная нежелательность продолжения процесса после отказа прокурора от обвинения. Но на самом деле не это главное. Ключевым является другой вопрос: на каком основании прокурор действует от имени общества и как общество может его контролировать?

Американское решение проблемы лежит не в юридической, а в политической плоскости, приводя, разумеется, к намеренной и в данном контексте достаточно логичной политизации как института прокуратуры, так и уголовного процесса в целом. Известно, что на уровне штатов прокуроры избираются населением. Скажем, местные прокуроры “избираются гражданами отдельного графства (*county*) и перед ними же несут ответственность”²⁰. Генеральные атторнеи штатов “избираются на свою должность всеобщим голосованием граждан штата и не могут быть отправлены в отставку по требованию губернатора”²¹. На федеральном уровне прямых выборов прокуроров нет, но они (Генеральный атторней США и атторней США) получают свой мандат от избранного народом президента США по сугубо партийному признаку – “когда на должность президента выбирается представитель другой партии, атторней США подает в отставку и новый президент США назначает на этот пост представителя своей партии”²². Создается ситуация, при которой американский прокурор, распоряжаясь обвинением (решая отказаться от него или нет и т.д.), “бесконтролен” лишь в процессуально-техническом смысле²³, но при этом “ответствен перед избирателями”²⁴, иногда прямо (штаты), иногда косвенно (федеральный уровень).

В результате между обществом, от имени которого действует американский прокурор, и самим

²⁰ *Бернам У.* Правовая система США / Ред. В.А. Власихин. Вып. 3. М., 2006. С. 275.

²¹ Там же. С. 274.

²² Там же. С. 272.

²³ Отсюда и возникает знаменитая американская “прокурорская дискреция”, столь понравившаяся грузинским властям. Вопрос в другом – поняли ли они политические основания появления такой дискреции, делающие ее абсолютно легитимной?

²⁴ *Николайчик В.М.* Уголовный процесс США. М., 1981. С. 84.

прокурором возникает прямая связь, которая и легитимирует деятельность прокурора, включая отказ от обвинения, позволяя суду не вмешиваться в принятие прокурором решения и на внешнем процессуально-техническом уровне сохранять все атрибуты “чистой состязательности”. С одной стороны, общество наделяет прокурора полномочиями *a priori*, избирая его на должность, а с другой – контролирует его *a posteriori*, решая вопрос о переизбрании прокурора на следующих выборах. Отказываясь от обвинения, прокурор держит в голове не только и не столько юридические аспекты конкретного процесса (юридический фактор), сколько оценку его действий избирателями (политический фактор), в чем мы убедились на примере ставшего легендарным дела Д. Стросс-Кана, наблюдая за долгими “политическими мучениями” прокурора Сайруса Венса-младшего, обильно комментировавшимися в американской прессе.

Но логика американского подхода проявляется еще в одном аспекте. Как быть в такой ситуации с потерпевшим? В сугубо процессуальном смысле он является здесь явно лишней фигурой, вставая между обществом (избиратель) и прокурором (избранный). Это – одна из причин, по которой *потерпевший и не является в американском процессе самостоятельной процессуальной фигурой*, не обладает там каким-либо статусом, кроме свидетельского, и т.д. В противном случае логика американской юридико-политической модели оказалась бы разрушенной. Что остается потерпевшему? Опять-таки сугубо “политическая” ниша – он по мере сил и средств может оказывать на прокурора исключительно *политическое давление*. Это мы также недавно видели на примере дела Д. Стросс-Кана, когда потерпевшая выступала на пресс-конференциях, давала интервью и т.д., а ее адвокаты всячески убеждали афро-американское сообщество и феминистские круги штата Нью-Йорк в этнически-сексистской подоплеке дела, что в немалой степени влияло на “политические мучения” и “дискреционное усмотрение” прокурора, выбиравшего между двумя политическими рисками – высокой вероятностью проигрыша дела в случае доведения процесса до конца и не менее высокой вероятностью утраты популярности среди определенной категории избирателей в случае отказа от обвинения. Но иного способа, кроме политического, вмешаться во взаимоотношения общества и прокурора у американского потерпевшего нет, что говорит не о недостатках модели, а о ее политической логике и специфике.

В целом американская модель построена на двух элементах: а) прямом или косвенном

избрании прокуроров населением (политический элемент); б) отсутствии в процессе потерпевшего (процессуальный элемент). Это позволяет прокурору, выступающему от имени общества и находящемуся под его контролем, легитимно отказываться от обвинения, что не наносит вреда интересам потерпевшего (он не самостоятельная процессуальная фигура, а один из избирателей) и позволяет суду столь же легитимно выглядеть “пассивным арбитром”, не вмешиваясь в прокурорское решение и не контролируя его.

б) *легитимация прокурора со стороны общества юридическим путем (континентальный вариант)*. Континентальная система уголовной юстиции построена на совершенно иных началах, в силу чего здесь не просто отсутствуют, но становятся немыслимыми оба элемента американской модели легитимации деятельности прокурора в уголовном процессе. Во-первых, при всем разнообразии национальных вариантов континентальная прокуратура представляет собой иерархически организованный профессиональный корпус магистратов, обладающих достаточной степенью институциональной независимости и принципиально чуждых какой-либо политизации, партийной принадлежности и т.д. (по крайней мере на уровне должного)²⁵. Ни о каком избрании прокурора населением речь в такой ситуации идти не может, не говоря уже о том, что понятие “публичный интерес”, который призван отстаивать прокурор, никогда не отождествлялось в континентальном праве с прагматичными интересами количественно точно определенной и строго ограниченной группы людей – избирателей соответствующего штата, графства, департамента и т.д. Во-вторых, континентальное право совершенно иначе относится к потерпевшему и его роли в уголовном процессе, развивая, пусть и с разной степенью интенсивности (если сравнивать, допустим, Францию и Германию)²⁶, разнообразные теории “соединенного процесса”, “гражданского истца” (фр. *partie civile*), “частного обвинителя” (нем. *Privatkläger*), “присоединившегося истца”

²⁵ Об организации прокуратуры и статусе прокуроров, например, во французском праве см.: *Vincent J., Guinchard S., Montagnier G., Varinard A.* Institutions judiciaires. Organisation. Juridictions. Gens de justice. 6 éd. Paris. Dalloz. 2001. P. 620–646.

²⁶ Во Франции право потерпевшего на активное участие в уголовном процессе в качестве самостоятельной стороны является абсолютно универсальным, т.е. касается всех уголовных дел без исключения, тогда как в Германии оно более локально, распространяясь лишь на отдельные категории уголовных дел.

(нем. Nebenkläger) и т.д.²⁷ Этот дуализм обвинителей неизбежно усложняет задачу, не позволяя рассматривать прокурора в качестве единственного носителя обвинительной функции в уголовном процессе.

В такой ситуации континентальный уголовный процесс должен был выработать на теоретическом уровне иной, причем сугубо юридический, способ легитимации обвинительной деятельности прокурора со стороны общества, интересы которого он представляет. Американская политическая логика к континентальному уголовному процессу совершенно непреложима, по крайней мере в интересующем нас аспекте. Здесь нужны были иные процессуальные решения, связывающие общество и прокурора.

Континентальным ответом на проблему легитимации обществом обвинительной деятельности прокурора стала особая процессуальная концепция, которую мы условно обозначим в качестве *теории доверенности*. В соответствии с ней суд обязан рассмотреть *по существу* любой уголовный иск, предъявленный прокурором в суд от имени общества, а из этого, в свою очередь, вытекает, что *прокурор просто-напросто не вправе отказываться от обвинения* – такого полномочия у него нет. Как отмечается во французской юридической литературе, принцип целесообразности уголовного преследования, на основании которого прокурор самостоятельно оценивает наличие или отсутствие публичного интереса в реальном уголовном преследовании при наличии формальных признаков преступления, действует только в момент возбуждения публичного (уголовного) иска. Если иск возбужден перед судебными органами, то ни о какой оценке целесообразности речь уже идти не может²⁸. Будучи представителем общества в уголовном процессе, прокурор не является “хозяйном” публичного (уголовного) иска, так как иск ему не принадлежит, в силу чего прокурор не вправе по общему правилу заключать с защитой мировые соглашения (кроме случаев, установленных в законе), а также отказываться от иска²⁹. Иначе говоря, “прокурор не вправе распоряжаться возбужденным перед судом публичным

иском”³⁰, т.е. в его действиях нет и не может быть ни малейших признаков диспозитивности, поскольку он защищает не частные интересы, а интересы общества в целом, действуя в уголовном процессе от его имени.

Если перевести сказанное в русло обозначенной нами “теории доверенности”, то получается, что прокурор действует в уголовном процессе на основании некоей условной доверенности, выданной ему обществом. Общество доверило ему право предъявлять от своего имени иски к лицам, нарушившим уголовный закон, но не доверило права отказываться от этих исков. Именно наличие такой условной доверенности и является континентальной юридической конструкцией, легитимирующей в уголовном процессе деятельность прокурора и не позволяющей ей превратиться в произвол, волюнтаризм, “вкусовщину” и т.д. При этом уголовный процесс не только не перестает быть состязательным, но, напротив, становится пронизанным едва ли не цивилистическими конструкциями. Скажем, понятно, что роль прокурора в уголовном процессе в данном аспекте очень сильно напоминает роль представителя гражданского истца в гражданском процессе, у которого в доверенности просто-напросто написано “без права отказа от иска”. Но разве возможность выдачи истцом своему представителю такого рода доверенности посягает на состязательные устои современного гражданского процесса? Отнюдь.

Что же произойдет, если прокурор, лишенный права на отказ от иска, т.е. от обвинения, придет к выводу о невиновности подсудимого при рассмотрении уголовного дела в суде? Должен ли он в такой ситуации слепо отстаивать свою обвинительную позицию? Разумеется, нет. Как отмечается в той же французской юридической литературе, прокурор вправе довести до суда изменение своей позиции, скажем, выступая в прениях сторон. Более того, он вправе, «как говорят, “отказаться от обвинения”»³¹, но это не снимает с суда обязанности разрешить дело по существу. Обратим внимание, что само понятие “отказ от обвинения” рассматривается французскими авторами исключительно в кавычках, поскольку в формальном смысле такого *института в уголовном процессе не существует*. Но ситуация опять-таки становится понятной и отнюдь не шокирует, если представить себе гражданский процесс. Что делать уважаемому адвокату, отправленному в суд в качестве представителя гражданского истца с

²⁷ Применительно к Германии см., например: Kühne H.H. Germany // Criminal procedure systems in the European Community. London – Brussels – Dublin – Edinburgh. Butterworths. 1993. P. 144; Procédures pénales d'Europe / sous la dir. de M. Delmas-Marty. P. 76, 77. Применительно к Франции см., например: Mathias É. Procédure pénale. Paris, 2003. P. 106–126.

²⁸ Pradel J. Procédure pénale. 15 éd. Paris, 2010. P. 479.

²⁹ Ibid.

³⁰ Guinchard S., Buisson J. Procédure pénale. Paris, 2000. P. 373.

³¹ Pradel J. Op. cit. P. 479.

доверенностью “без права отказа от иска”, если в ходе судебного следствия он придет к профессиональному выводу о несостоятельности позиции своего клиента? Подрывать репутацию, отстаивая очевидный абсурд? Вряд ли. Скорее всего представитель гражданского истца выполнит свой долг иначе, произнеся в прениях профессионально грамотную и взвешенную речь в ожидании справедливого судебного решения. В этой речи может прозвучать даже некая констатация очевидного. Но как бы наш адвокат-представитель ни хотел (даже сугубо в интересах клиента) формально отказаться от иска, такого права у него нет, поскольку его процессуальные полномочия ограничены соответствующей доверенностью. Та же самая логика *mutatis mutandis* действует в континентальном уголовном процессе, причем далеко не только во Франции, но и в Бельгии³², и в Германии³³, и во многих других странах.

Таким образом, как американский, так и континентальный процессы теоретически успешно решают “экзистенциальную проблему состязательности” в уголовном процессе, когда персонафицированное в лице прокурора обвинение не отрывается от своего подлинного “хозяина” – общества, в результате чего выглядит вполне легитимным. В первом случае легитимность приобретает за счет *политической ответственности* прокурора перед жителями соответствующей территории (общество в конкретном смысле), во втором – за счет жесткой связанности прокурора условной *доверенностью*, запрещающей отказываться от обвинения (ее выдало общество в абстрактном смысле). Оба способа легитимации теоретически одинаково убедительны, хотя и вписаны в разные модели уголовного процесса, что неизбежно приводит к разным процессуальным последствиям. Оба способа легитимации одинаково неидеальны, страдая явными недостатками, присущими каждому из них. Но оба способа легитимации при этом вполне совместимы с фундаментальной идеей состязательности судебного разбирательства.

Теперь необходимо разобраться в том, как легитимирует обвинительную деятельность прокурора российский уголовный процесс, оказавший и продолжающий оказывать определяющее влияние на всю постсоветскую “уголовно-про-

цессуальную семью”. Вопрос при ближайшем рассмотрении оказывается не так прост и требует исторического анализа.

в) *российско-советская теоретическая деформация и ее последствия*. Чтобы понять советскую доктринальную логику, необходимо оттолкнуться от дореволюционного российского права, точнее – от Устава уголовного судопроизводства 1864 г. (далее – УУС). На *нормативном* уровне здесь все более или менее ясно – УУС придерживался континентального способа легитимации обвинительной деятельности в духе “теории доверенности”, что, впрочем, вряд ли для кого-то является сюрпризом. Так, в полном соответствии с французской моделью, где предварительное следствие является деятельностью не полицейской, но судебной, УУС исходил из того, что моментом возбуждения уголовного преследования или, если угодно, уголовного (публичного) иска следует признавать момент начала предварительного следствия. Если иск возбужден (даже в отношении неизвестного лица), то ни судебный следователь, ни прокурор распоряжаться им уже не вправе – “производство следствия может быть прекращено только судом” (ст. 277 УУС), причем уровня первой или апелляционной инстанций. После того как дело перешло в стадию судебного разбирательства, данная логика не только не исчезала, но, напротив, усиливалась. Именно поэтому УУС в полном соответствии с континентальной традицией нигде не упоминал ни института отказа прокурора от обвинения, ни института отзыва им обвинения. Он содержал иное положение: “Если прокурор находит оправдание подсудимого уважительным, то обязан, не поддерживая обвинительного акта, опровергнутого судебным следствием, заявить о том суду по совести” (ст. 740 УУС).

Как следует понимать ст. 740 УУС, вне всяких сомнений, неразрывно связанную со ст. 277 УУС (органы уголовного преследования на всем протяжении предварительных и окончательных судебных стадий не вправе распоряжаться обвинением)? Вот здесь на *доктринальном* уровне начались проблемы. Вместо того чтобы связать указанные нормы единой теоретической логической цепочкой, дореволюционные правоведы, напротив, неоправданно их разделили. Так, обладавший непререкаемым авторитетом И.Я. Фойницкий, опираясь на ст. 277 УУС, совершенно правильно писал, что “уголовное преследование, раз возбужденное, может быть прекращено только судом”³⁴, поскольку в соответствии с французской

³² См.: *Bosly H.-D.* Elements de droit de la procédure pénale. Louvain. Académia-Bruylant. 1994. P. 48.

³³ См.: § 156 УПК Германии: “Публичное обвинение не может быть отозвано после начала судебного разбирательства” (Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ / Пер. Б.А. Филимонова. М., 1994. С. 88).

³⁴ *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. СПб., 1910. С. 10.

системой “усмотрению сторон здесь значения не придается”³⁵. Казалось бы, раз у сторон нет права на усмотрение, то у прокурора, следовательно, нет права на отказ от обвинения на всем протяжении судопроизводства. Однако вместо этого вывода в духе “теории доверенности” уже применительно к ст. 740 УУС И.Я. Фойницкий указывал на совершенно противоположное – предоставление прокурору *права* “отказаться от обвинения и заявить о том суду по совести”, хотя, напомним, никакого упоминания об “отказе от обвинения” ст. 740 УУС не содержала. Далее следовала неизбежная при подобной постановке вопроса мысль о том, что “такой отказ не освобождает суд от рассмотрения дела и постановления приговора по существу”³⁶. Впрочем, мы вовсе не исключаем, что персонально И.Я. Фойницкий использовал здесь словосочетание “отказ от обвинения” не в процессуальном, но в условном смысле – так, как его, например, использует современный французский профессор Ж. Прадель, всегда ставящий при упоминании о нем кавычки, о чем уже говорилось. Важно другое: какова бы ни была изначальная позиция И.Я. Фойницкого по поводу самой возможности признания *института* отказа от обвинения в российском уголовном процессе, т.е. использовал он это понятие в мысленных кавычках или нет (мы этого не знаем), для его последователей никаких кавычек уже точно не существовало. На доктринальном уровне понятие “отказ от обвинения” стало общепризнанным еще в дореволюционный период³⁷, лишив отечественную науку возможности искать в духе “теории доверенности” (или ей подобных) связь между обществом и прокурором, чтобы адекватно легитимировать обвинительную деятельность последнего. Иначе говоря, дореволюционная доктрина начала развивать соответствующие положения уголовно-процессуального закона не в смысле *запрета на отказ от обвинения*, а в совершенно противоположном смысле – *наличия у прокурора права на такой отказ*. Здесь-то и была заложена теоретическая деформация, плоды которой мы пожинаем до сих пор. При этом сам УУС, еще раз подчеркнем, никакого понятия “отказ от обвинения” не содержал и, учитывая его французские корни, содержать не мог.

³⁵ Там же. С. 53.

³⁶ Там же. С. 428.

³⁷ См., например: Устав уголовного судопроизводства с позднейшими узаконениями, законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и циркулярами Министерства юстиции / Под ред. М. Шрамченко, В. Ширкова. Изд. 2-е. СПб., 1902. С. 709 (здесь понятие употреблено в доктринальном комментарии М. Шрамченко и В. Ширкова); *Розин Н.Н.* Уголовное судопроизводство. Изд. 3-е. Пг., 1916. С. 502.

Советская процессуальная теория пошла еще дальше – она перенесла сугубо дореволюционную доктринальную конструкцию “отказа от обвинения”, оставлявшую еще возможность для “теоретического разворота”, в закон. Так, ст. 306 УПК РСФСР 1923 г. теперь официально гласила, что “обвинитель вправе отказаться от обвинения, если придет к убеждению, что данные судебного следствия не подтверждают предъявленного обвинения. Отказ обвинителя от обвинения не освобождает суд от обязанности продолжать дело слушанием и разрешить на общем основании вопрос о правильности предъявленного обвинения и ответственности подсудимого”. Понятно, что здесь с минимальными редакционными изменениями воспроизведена “формула И.Я. Фойницкого”, которой он сам, возможно, и не придавал фундаментального теоретического значения. Но понятно также, что отныне “отказ от обвинения” стал подлинным процессуальным институтом – ни о каком “теоретическом развороте” уже не могло быть и речи. Советская уголовно-процессуальная доктрина приступила к его подробной догматической обработке³⁸, сделав неотъемлемой частью уголовно-процессуального механизма. Без этого института советский уголовный процесс уже не мыслился ни “консервативными”, ни “либеральными” советскими процессуалистами, что и отразилось в ч. 3 ст. 40 “постсталинских” Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958 г. и республиканских уголовно-процессуальных кодексах, в частности УПК РСФСР 1960 г. (ст. 248). Споры, как мы уже отмечали, велись только вокруг последствий отказа прокурора от обвинения, но не вокруг самой возможности подобного отказа.

Что мы получили в результате? Насколько советская концепция “права прокурора на отказ от обвинения + обязанность суда рассмотреть дело по существу независимо от такого отказа” отличается от континентальной концепции “отсутствия у прокурора права на отказ от обвинения”? *С функциональной точки зрения отличий, на первый взгляд, нет вовсе. В обоих случаях прокурор излагает суду свою позицию, в обоих случаях суд продолжает рассмотрение дела и разрешает его по существу и т.д. Но в концептуальном смысле отличия колоссальны. В одной ситуации составляемость процесса построена на деперсонализации стороны обвинения, поскольку с человеком, совершившим общественно опасное деяние,*

³⁸ См., например: *Строгович М.С.* Уголовный процесс. М., 1946. С. 378; *Шифман М.Л.* Прокурор в уголовном процессе. М., 1948. С. 238–240.

состязается общество в целом. Персонифицирован в процессе только представитель общества – прокурор, действующий “по доверенности”. Отказ от иска представителя не означает отказа от иска заинтересованной стороны (общества), что и приводит к продолжению *состязательного* процесса, позволяет учесть права потерпевшего и не возлагает на суд функцию по уголовному преследованию. **В другой ситуации** состязательный спор имеет место между должностным лицом и подсудимым. Должностное лицо вправе “распоряжаться” обвинением, что достаточно странно, поскольку сложно распоряжаться не принадлежащими тебе правами. Но еще более странно, что при отказе должностного лица от обвинения, коли мы такой отказ допускаем, суд почему-то продолжает рассматривать дело. Кто в такой ситуации является стороной обвинения, если общество таковой не провозглашено, а прокурор от него отказался? Получается, что сторона обвинения просто-напросто исчезает, что полностью противоречит состязательной логике.

Понятно, что советская конструкция продолжала служить определенным способом легитимации обвинительной деятельности прокурора в судебной стадии уголовного процесса. Как справедливо отмечается в юридической литературе, “норма... о продолжении судебного следствия при отказе обвинителя от поддержания обвинения является проявлением необходимого процессуального механизма контроля за деятельностью государственных обвинителей”³⁹. Но понятно также, что концептуально этот способ легитимации крайне неудачен, поскольку, во-первых, исключает из процессуального дискурса основного носителя права требования к нарушителю уголовного закона – общество, а во-вторых, не позволяет адаптировать конструкцию к условиям состязательного судебного разбирательства. Получается, что советская доктрина “отказа от обвинения” не только не дает удовлетворительного ответа на вопрос о производном характере деятельности прокурора по отношению к уполномочившему его обществу, но и откровенно пренебрегает состязательным построением уголовного судопроизводства.

В такой ситуации при переходе от советского к постсоветскому праву советская конструкция “отказа от обвинения”, ставшая следствием историко-теоретических “досоветских” деформаций, была обречена. Другой вопрос, что вся критика обрушилась не на саму конструкцию, но лишь на один из ее элементов – обязанность суда про-

должить судебное разбирательство после отказа прокурора от обвинения. Иначе говоря, дебаты велись исключительно по поводу технической стороны состязательности при полном забвении ее “экзистенциальной проблемы”, касающейся трудностей персонификации стороны обвинения, необходимости внятного обозначения “пуповины”, связывающей общество и прокурора, и т.д. Когда в России, которая нас прежде всего интересует в этой части анализа, после принятия нового УПК РФ 2001 г. дым доктринальных баталий рассеялся, то уголовный процесс оказался вполне состязательным, по крайней мере с нормативной точки зрения (отказ прокурора от обвинения приводит к обязательному прекращению судом уголовного дела), но полностью лишенным каких-либо способов легитимации со стороны общества обвинительной деятельности прокурора. От континентального юридического способа не осталось даже теоретически деформированных советских “обломков”, а американский политический способ, разумеется, появиться не мог. В такой ситуации российская уголовно-процессуальная система срочно нуждалась хоть в каких-то механизмах легитимации прокурорской обвинительной деятельности, тем более что доктрина в неумном, хотя и по-человечески понятном, “состязательном раже” дошла уже до прямых утверждений о “проявлении начала диспозитивности (sic! – Л.Г.) применительно к деятельности государственного чиновника в суде”⁴⁰.

г) *новейшие российские попытки восстановления легитимности обвинительной деятельности прокурора.* Напомним, что действующий УПК РФ *mutatis mutandis* воспроизводит американский подход, в соответствии с которым прокурор вправе отказаться от обвинения, что обязывает суд прекратить уголовное дело в связи с отсутствием спора между сторонами. При этом, в отличие от США, российский уголовный процесс не создавал и не создает для такого подхода благоприятного “правового климата”, поскольку, во-первых, в России нет политической ответственности прокуроров перед избирателями, что сразу ставит вопрос о легитимности их решений об отказе от уголовного преследования, а во-вторых, российская уголовно-процессуальная модель построена на широких полномочиях потерпевшего выступать в процессе в качестве активного участника уголовного судопроизводства, что немедленно ставит другой вопрос: каковы гарантии прав потерпевшего при отказе прокурора от обвинения?

³⁹ Васильев О. Л. Указ. соч. С. 56, 57.

⁴⁰ Петрухин И.Л. Указ. соч. С. 83.

Как и следовало ожидать, фактически медленно после вступления УПК РФ в силу российская уголовно-процессуальная система столкнулась с необходимостью восполнения в практической плоскости обоих отсутствующих “американских элементов”. Если некоторым теоретикам оказалось достаточно рассуждений о “диспозитивности”, то на правоприменительном уровне требовалось найти хоть какие-то механизмы преодоления “нового витка” концептуальных деформаций, связанных с пресловутым институтом отказа прокурора от обвинения. Сразу подчеркнем, что найденные механизмы вновь оказались крайне неудовлетворительными. В чем же они заключались?

Невзирая на научные и совершенно несостоятельные “фантазии о диспозитивности”, проблема распоряжения прокурором обвинением, наличия у него неоправданных дискреционных полномочий и отсутствия за ним какого-либо политического или юридического контроля со стороны общества была решена вполне в традиционном для России духе – сугубо *бюрократическим* путем. Вскоре после вступления УПК РФ в силу Генеральная прокуратура РФ издала жесткий приказ, в соответствии с которым предписала “государственному обвинителю в случае расхождения его позиции с позицией, выраженной в обвинительном заключении или обвинительном акте, незамедлительно докладывать об этом прокурору, поручившему поддерживать государственное обвинение, который должен принять исчерпывающие меры к обеспечению законности и обоснованности государственного обвинения. В случае согласия с позицией государственного обвинителя уведомлять об этом прокурора, утвердившего обвинительное заключение либо обвинительный акт. В случае принципиального несогласия с позицией государственного обвинителя в соответствии со ст. 246 УПК РФ своевременно решать вопрос о замене государственного обвинителя либо самому поддерживать государственное обвинение”⁴¹.

Мы вовсе не собираемся критиковать данный приказ Генеральной прокуратуры РФ, понимая его вынужденный характер. Не превращать же в самом деле государственного обвинителя в лицо, “свободно” распоряжающееся обвинением без малейшего внешнего контроля со стороны общества, суда и т.д.! Когда уголовно-процессуальная система не дает внятного ответа на вопрос о “сдержках и противовесах” усмотрению государ-

ственного обвинителя в суде, а доктрина впадает в откровенную маниловщину, неизбежно возникают мелочные, бюрократические и внепроцессуальные формы контроля за представителем прокуратуры в суде, превращающие его в безликий “винтик”, полностью подчиненный “начальнику”, и убивающие сам институт государственного обвинения, по крайней мере его творческую составляющую. О каких “внутреннем убеждении”, “непосредственном исследовании доказательств” и т.д. можно вести тогда речь, если обвинитель обязан согласовывать свою позицию с “начальником”, который не присутствует в зале суда, не слышит свидетелей и т.д.? Система в очередной раз деформируется, в данном случае – с точки зрения фундаментального и старинного континентального принципа *la plume est serve, mais la parole est libre* (фр. “перо – раб, слово свободно”), в соответствии с которым прокурор связан указаниями вышестоящего начальства при составлении письменных актов, но свободен от иерархического контроля в ходе устных выступлений в суде, где излагает свою персональную позицию авторитетного правоведа⁴².

Именно поэтому “речь государственного обвинителя” и становится в некоторых случаях образцом процессуальной классики (вспомним то же дореволюционное российское право), поскольку проникнута творческим началом, а не иерархическим “низкопоклонством”. Кроме того, при нынешнем положении дел уничтожается сама возможность “отказа от обвинения”, причем не в юридической плоскости (запрет отказа от обвинения с возможностью доведения до суда своей профессиональной позиции), а в плоскости сугубо фактической, когда обвинитель просто напросто не вправе без согласования “с начальником” обращаться к суду с доводами *in favorem* подсудимого, упрямо и иногда вопреки здравому смыслу продолжая озвучивать “официальную позицию”, невзирая на результаты судебного следствия. Но, подчеркнем еще раз, Генеральную прокуратуру в этой деформации упрекать сложно. Как ни парадоксально, но деформация служит скорее прекрасной иллюстрацией “благих намерений, ведущих в ад”, поскольку является следствием концептуальных заблуждений российских реформаторов, пытавшихся строить “состязательный процесс”, видевших везде “диспозитивность” и т.д. с изрядной долей процессуальной наивности.

⁴¹ Приказ Генеральной прокуратуры РФ “Об участии прокуроров в судебных стадиях уголовного судопроизводства” от 20 ноября 2007 г. (в ред. от 26 мая 2008 г.).

⁴² См. о воплощении данного принципа, например, в современном французском праве, в том числе на нормативном уровне: *Pradel J. Op. cit. P. 121.*

Что касается проблемы прав потерпевших, то Россия, как известно, при принятии нового УПК отказалась от “компромиссной парадигмы”, характерной для других постсоветских стран, хотя в российской литературе эта идея звучала и продолжает звучать *de lege ferenda*⁴³, и заняла жесткую позицию – суд обязан прекратить уголовное дело при отказе прокурора от обвинения независимо от мнения потерпевшего. Но, как и следовало ожидать, отсутствие у потерпевшего права каким-либо образом повлиять в такой ситуации на исход дела (включая отсутствие у него права на обжалование соответствующего судебного решения) немедленно вступило в драматичное противоречие с общим процессуальным статусом активного участника уголовного судопроизводства, предоставленным потерпевшему российской уголовно-процессуальной системой.

Конституционный Суд РФ, куда обратились несколько потерпевших, ссылавшихся на неконституционность соответствующих положений УПК РФ, также попытался найти *компромисс*, который технически отличается от хрестоматийного постсоветского варианта. В Постановлении от 8 декабря 2003 г. Конституционный Суд РФ в целом признал конституционность ст. 246 УПК РФ, посвященной процессуальным последствиям отказа прокурора от обвинения, за исключением ч. 9 этой статьи, запрещающей обжаловать судебное решение о прекращении уголовного дела в связи с отказом прокурора от обвинения в ординарном инстанционном порядке. Если говорить конкретнее, то после издания данного Постановления Конституционного Суда РФ российский процессуальный механизм отказа от обвинения выглядит следующим образом: отказываясь от обвинения, прокурор должен мотивировать свое решение и может это сделать лишь после исследования в судебном следствии соответствующих доказательств. Затем суд выносит решение о прекращении уголовного дела, после чего у потерпевшего возникает право обжаловать это решение в апелляционном, кассационном и т.д. порядках. Если рассуждать далее, то вышестоящий суд вправе в такой ситуации отменить постановление суда первой инстанции о прекращении дела в связи, допустим, с необоснованностью отказа от обвинения. После отмены решения дело, видимо, должно быть направлено на новое рассмотрение в первую инстанцию, где, как мы знаем, прокурор... уже отказался от обвинения.

Кто тогда должен поддерживать обвинение, если прокуратура не считает это необходимым, используя свое право на отказ от него? Получается замкнутый круг: либо, невзирая на все “компромиссные экивоки” Конституционного Суда РФ и реформаторские усилия законодателя, мы приходим к классической советской парадигме (но только через вторую инстанцию) – прокурор отказался от обвинения, а суд продолжает рассматривать дело по существу в отсутствие обвинителя, либо мы исходим из новейшей российской парадигмы (нет обвинителя – нет процесса, т.е. после возвращения дела в первую инстанцию и нового отказа прокурора суд вновь его прекращает), давая потерпевшему право обжалования, но не давая ему возможности реализовать его “плоды” – иначе как цинизмом такого рода идею назвать нельзя, – либо мы реализуем “постсоветскую парадигму”, когда после отмены решения потерпевший сможет самостоятельно поддерживать обвинение. Но в последнем случае непонятно, почему этого нельзя сделать сразу – в первой инстанции? Зачем привлекать суд второй инстанции? Неужели судьям нечем заняться – они у нас недогружены, а бюджету некуда девать деньги? В общем, ясно, что предложенный Конституционным Судом РФ “компромисс” оказался крайне неудачен, заметно уступая по процессуальной логике даже далеко не самому совершенному белорусско-казахстанскому варианту, который мы выше уже разбирали. Российская уголовно-процессуальная система вновь оказалась в концептуальном тупике, не найдя из него адекватного выхода. В практической плоскости ситуация не является кризисной, пожалуй, только потому, что количество отказов от обвинений резко сократилось, даже по сравнению с советским периодом. Как иначе, если судебное творчество государственного обвинителя ныне полностью заковано в “бюрократические тиски”, о чем отмечалось выше!

В целом ясно, что при нынешних подходах проблема института отказа от обвинения превращается в “квадратуру круга”. В этом мы убедились на примере многих постсоветских уголовно-процессуальных систем, хотя российская неудача с ее наиболее продвинутым “состязательным радикализмом” является самой яркой и удручающей. При естественном отсутствии “американских элементов” проблему можно решить только в духе континентальной “теории доверенности”, что позволит вновь найти утраченную легитимацию обвинительной деятельности прокурора в состязательном уголовном процессе. Такой подход сопряжен не с моди-

⁴³ См., например: Михайлов А.А. Указ. соч. С. 10; Ефименко С. Указ. соч. С. 6–9.

фикацией института отказа от обвинения, а с полным *отказом* от него как теоретически несостоятельного. Прокурор должен быть свободен в изложении перед судом своей персональной позиции по итогам судебного следствия (в том числе *in favorem* подсудимого), но лишен права формально отказываться от обвинения, поскольку он действует в качестве представителя общества и в выданной ему обществом условной доверенности указано – “без права отказа от иска”.

II. Институт изменения обвинения и степень самостоятельности суда в юридической оценке деяния

Проблемы института изменения обвинения, имеющие, как уже отмечалось, в большей мере процессуально-технический характер, связаны с необходимостью преодоления любой уголовно-процессуальной системой *естественного* противоречия, возникающего при столкновении двух непреложных постулатов современного уголовного процесса.

Согласно **первому** постулату суд не вправе приступать к рассмотрению уголовного дела *ex officio*, т.е. по собственной инициативе. Иначе говоря, он принимает дело к производству исключительно на основании официально выдвинутого уполномоченным должностным лицом или обладающим на то правом частным лицом (факультативно) обвинения, отраженного в акте, имеющем в сравнительно-правовой плоскости разное наименование (обвинительное заключение, обвинительный акт, уголовный иск, публичный иск и т.д.), но означающем по сути одно и то же – официальное требование к суду рассмотреть вопрос о виновности какого-либо лица в каком-либо деянии, запрещенном уголовным законом, являющееся обязательным условием судебной компетенции по уголовному делу. Примечательно, что данный постулат является универсальным не только для англосаксонского, континентального и т.п. типов процесса, но и *mutatis mutandis* для процесса советского, а следовательно, постсоветского. Различия существуют только на уровне его нормативной институционализации и терминологической идентификации. Скажем, во многих западных странах он известен под наименованием *аккумуляционного принципа* (принципа обвинения) или *аккумуляционной максимы* (лат. *accusatio* – обвинение). В качестве хрестоматийного примера приведем Швейцарию, где аккумуляционная максима, прежде

имевшая общепризнанный, но в основном доктринальный характер⁴⁴, ныне закреплена нормативно – в числе фундаментальных принципов нового общедоуголовного процесса. Так, ст. 9 первого в истории страны федерального УПК Швейцарии, вступившего в силу 1 января 2011 г., гласит: “Преступление может стать предметом судебного разбирательства только в том случае, если прокуратура представила в компетентный суд обвинительный акт, направленный против определенного лица на основании точно описанных фактов”. Естественно, что в такой ситуации выход суда за рамки обвинительного акта недопустим и означает нарушение аккумуляционного принципа, поскольку за рамками обвинения суд ничего рассматривать не компетентен ни в персональной (*in personam*), ни в предметной (*in rem*) плоскости. Иначе говоря, здесь включается правило “нет иска, нет процесса”.

Согласно **второму** постулату судебное разбирательство является центральной частью и своего рода кульминацией любого современного уголовного процесса. Оно предполагает не механическое “утверждение” или “неутверждение” ранее собранных материалов дела, а творческое состязание сторон, представление новых доказательств, непосредственный допрос свидетелей и т.п. В результате такого рода творческой деятельности участников судебного разбирательства картина фактических обстоятельств дела, полученная по итогам судебного следствия, нередко кардинально отличается от того, что было ранее установлено и нашло отражение в обвинительном акте, на что абсолютно справедливо обращал внимание еще М.С. Строгович. Далее он столь же справедливо добавлял, что “отсюда возникает проблема изменения первоначального обвинения на суде в связи с новыми данными, обнаруженными судебным следствием. Такое изменение вполне возможно и закономерно, и весь вопрос заключается лишь в том, чтобы определить такие условия изменения обвинения, которые, с одной стороны, давали бы суду возможность свободно делать выводы из данных судебного следствия, а с другой – не нарушали бы права обвиняемого на защиту”⁴⁵. В этой логике нет ничего специфически советского. Ссылка на советского классика демонстрирует здесь не советскую специфику, а напротив, технический универсализм ситуации с функциональной точки зрения.

⁴⁴ См., например: *Piquerez G. Précis de procédure pénale suisse*. 2 éd. Lausanne. Payot. 1994. P. 196–198.

⁴⁵ *Строгович М.С.* Указ. соч. С. 412.

Итак, проблема понятна. Суд, с одной стороны, связан обвинительным актом, а с другой – должен иметь техническую возможность откликаться на новые данные, полученные в ходе судебного следствия, не говоря уже о его праве на самостоятельную юридическую оценку деяния (в чем, собственно, роль суда и заключается). Как решить данную проблему? Советский уголовный процесс предложил всем хорошо известный механизм, в той или иной степени унаследованный его постсоветскими “правопреемниками” и основанный на двух возможных ситуациях. Говоря схематично, если суд приходит к выводу, что обвиняемый совершил менее тяжкое деяние, нежели то, в котором его обвиняли, то он вправе самостоятельно вынести приговор по новому деянию, не указанному в обвинительном акте (менее тяжкому), без специальной процедуры изменения обвинения, поскольку, во-первых, обвинительный акт устанавливает исключительно максимальные, но не минимальные пределы судебного разбирательства, т.е. здесь нет нарушения аккузационного принципа, а во-вторых, судебное решение благоприятно для обвиняемого (он защищался от более тяжкого обвинения), т.е. здесь нет и нарушения права на защиту. Если суд приходит к выводу, что обвиняемый совершил более тяжкое с количественной (новые эпизоды) или качественной (более строгая квалификация) точки зрения деяние, нежели то, в котором его обвиняли, то самостоятельно вынести приговор по новому обвинению он уже не вправе. В такой ситуации необходима специальная процедура изменения обвинения – в противном случае будет нарушен как аккузационный принцип, так и принцип обеспечения права на защиту. Такой специальной процедурой становилось легендарное советское “возвращение судом дела на дополнительное расследование”, после чего обвиняемому предъявлялось новое обвинение. Он получал все возможности защиты от него, заново знакомился с материалами дела и в итоге представлялся перед новым судьей, который и рассматривал новое обвинение в полном соответствии с аккузационным принципом.

В целом институт возвращения уголовного дела на дополнительное расследование представлял в качестве неотъемлемого элемента советского механизма изменения обвинения. Но здесь возникала уже другая проблема, связанная с *жесточайшей* внешней (иностранные наблюдатели) и внутренней (советско-постсоветская доктрина) критикой самого института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование – критикой в значительной мере справедливой, но

никак не связанной с более или менее адекватной техникой изменения обвинения *in defavorem* по итогам судебного следствия. Впрочем, ни эту критику, ни институт возвращения уголовного дела на дополнительное расследование, как таковой, мы здесь обсуждать не будем⁴⁶. Для нас важно другое – принципиальное осознание единственно возможной альтернативы технического решения проблемы изменения обвинения (с учетом отмеченных выше постулатов), которая сводится либо к сохранению института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование (по крайней мере по одному из оснований), либо к пересмотру традиционной советской концепции пределов судебного разбирательства, жестко запрещающей изменять обвинение на более тяжкое непосредственно в судебных стадиях уголовного процесса. Непонимание данной альтернативы в России, где попытались отказаться от института возвращения дела на дополнительное расследование, сохранив советский подход к пределам судебного разбирательства (сам по себе симпатичный), собственно, и привело к Постановлению Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г., частичной реставрации “доследования” и прочим сомнительным результатам, сопряженным с отсутствием внятного институционального решения проблемы изменения обвинения на более тяжкое. В этом смысле российский урок сколь негативен, столь и полезен в сугубо педагогическом аспекте.

Если рассматривать неизбежную альтернативу на аналитическом уровне, то мы далеки от “демонизации” института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование. Сам по себе этот вариант решения проблемы изменения обвинения на более тяжкое в связи с установлением в ходе судебного разбирательства новых фактов не так уж и плох. Но “репутационные издержки” института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование столь на постсоветском пространстве велики, что не учитывать их нельзя. Скорее всего вектор развития постсоветского уголовного процесса будет *mutatis mutandis* направлен на поиск новых подходов к институту пределов судебного разбирательства и на отказ от жесткого запрета изменять обвинение на более тяжкое непосредственно в судебных стадиях уголовного процесса, тем более что здесь имеется богатейший западный сравнительно-правовой материал.

⁴⁶ См. об этом наше специальное исследование: Головки Л.В. Истоки и перспективы института дополнительного расследования уголовных дел на постсоветском пространстве // Гос. и право. 2009. № 11. С. 54–67.

Данная гипотеза уже находит подтверждение. Так, обсуждающийся в настоящее время в Казахстане (РК) законопроект⁴⁷, направленный на реформирование уголовного процесса, в том числе с точки зрения полного отказа от возвращения уголовного дела на дополнительное расследование, для реализации данной идеи предполагает наделение прокурора правом изменения обвинения в суде, “в том числе на более тяжкое” (ч. 6 ст. 317 предполагаемой ред. УПК РК). При этом законопроект предусматривает определенный механизм, обеспечивающий подсудимому право на защиту от нового обвинения, который должен заменить советское “возвращение дела на дополнительное расследование”. Смысл механизма заключается в том, что если прокурор в ходе судебного разбирательства изменил обвинение на “более тяжкое или существенно отличающееся от первоначального”, то суд не возвращает дело на дополнительное расследование, но действует совершенно иначе: он уточняет у подсудимого, “понятно ли ему обвинение, разъясняет ему сущность обвинения и выясняет время, нужное ему для подготовки своей защиты”. При этом по ходатайству обвиняемого рассмотрение дела может быть отложено судом на срок до семи суток, после чего судебное разбирательство возобновляется уже в новых пределах (ч. 5 ст. 346 и ст. 321 предполагаемой ред. УПК РК).

Не вызывает сомнений, что казахстанская идея испытала западное влияние⁴⁸, т.е. она вполне вписывается в сравнительно-правовой контекст. Нет также никаких сомнений, что разработчики казахстанского законопроекта правильно определили “болеву точку” постсоветского уголовного процесса и нашли единственно возможный технический способ отказаться от возвращения дела на дополнительное расследование в связи с необходимостью изменения обвинения на “более тяжкое или существенно отличающееся от первоначального”. Проблема здесь совершенно в другом, и она выводит нас на забытый и абсолютно не разработанный на постсоветском пространстве технический аспект института изменения обвине-

ния в суде, ставящий под сомнение адекватность самого института.

В ситуации, когда прокурор самостоятельно принял решение изменить обвинение на более тяжкое, казахстанский механизм выглядит безупречным. Но как быть, если судебская оценка деяния расходится с прокурорской, т.е. к выводу о том, что подсудимый совершил более тяжкое деяние, приходит не прокурор в ходе поддержания обвинения, а суд при разрешении дела по существу? Какова вообще роль суда в юридической оценке исследованных в суде обстоятельств? На эти вопросы казахстанский механизм ответа не содержит. Но не обсудить их нельзя, в связи с чем обратим внимание на два обстоятельства.

Во-первых, при анализе предложенной схемы совершенно непонятно, как должен вести себя в совещательной комнате суд в ситуации, когда при *оценке доказательств* он приходит к выводу, что подсудимый совершил более тяжкое преступление, чем то, которое указано в обвинительном акте, т.е. не грабеж, а разбой и т.п., хотя прокурор оценил доказательства иначе (его право) и обвинение не изменил? Что делать суду? Выносить решение, противоречащее его выводам, т.е. заведомо неправильно (по мнению самой судьи) применять уголовный закон? Абсурд. Возвращаться в зал судебного заседания и официально предлагать обвинителю изменить обвинение? Еще больший абсурд. Выносить оправдательный приговор в связи с тем, что в ходе судебного разбирательства доказан факт совершения более тяжкого преступления? Это даже не абсурд, а полное разрушение правовой системы. Технически корректного и соответствующего здравому смыслу ответа на поставленный вопрос просто-напросто нет, в связи с чем возникает большая вероятность, что в реальной практике такие вопросы будут решаться путем “закулисных переговоров” судьи и прокурора (причем втайне от защиты).

Во-вторых, возникает впечатление, что в последние годы на постсоветском пространстве механизм изменения обвинения моделируется (причем неосознанно) исключительно в контексте поддержания обвинения в суде присяжных, когда суд должен дать лишь односложный ответ (“да” или “нет”) на обвинение, сформулированное прокурором, и не имеет права на самостоятельную оценку деяния. Возможно, такая подмена логики произошла под влиянием американского уголовного судопроизводства. Но здесь надо учитывать, что в классическом уголовном процессе США профессиональный суд вообще *никогда не рассматривает уголовное дело по существу*, так как

⁴⁷ Проект закона РК “О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса” (см. также Концепцию законопроекта). Данные документы обсуждались, в частности (с участием автора этих строк), на “круглом столе”, организованном Генеральной прокуратурой РК и Центром ОБСЕ в Астане (3 июня 2011 г., г. Алматы). В настоящий момент окончательная судьба законопроекта неизвестна. Мы располагаем соответствующими материалами по состоянию на 3 июня 2011 г.

⁴⁸ См., в частности, § 265 УПК Германии.

либо (при отсутствии спора) он лишь утверждает “сделку о признании” (*plea bargaining*), либо (при наличии спора) уступает право оценки виновности или невинности подсудимого присяжным заседателям, подключаясь к приговору только в связи с назначением наказания. Поэтому в американском уголовном процессе суд и не может оказаться в интересующей нас ситуации, когда надо выносить мотивированный приговор, а в совещательной комнате становится ясно, что вопреки мнению прокурора подсудимый совершил не грабеж, а разбой и т.п. В США единственным субъектом изменения обвинения действительно является исключительно прокурор, с обвинительным тезисом которого присяжные могут лишь согласиться или не согласиться. При рассмотрении уголовного дела по первой инстанции профессиональным судом все иначе – здесь судья действует не в качестве “присяжного”, односложно утверждая или не утверждая прокурорскую квалификацию деяния, а в качестве высшего органа правоприменения, который не только вправе, но и обязан иметь собственное мнение по юридической оценке доказанных фактов, нередко отличающееся от мнения обвинителя, не говоря уже о том, что это мнение необходимо аргументированно изложить в мотивированном судебном решении⁴⁹. В такой ситуации возникает необходимость в особой процессуальной технике, которая сводится не столько к механизму изменения обвинения, сколько к институту пределов судебного разбирательства, причем такая техника по понятным причинам могла появиться и развиваться исключительно в рамках континентальной теории уголовного процесса.

В связи с этим необходимо вспомнить, что “обвинение” содержит два взаимосвязанных, но процессуально различных элемента: фактическую сторону (некий факт, событие, подлежащее доказыванию) и его юридическую оценку с точки

зрения уголовного закона, т.е. легендарную “квалификацию”. Скажем, утверждение о том, что Х нанес удар Y, от которого Y скончался, – это утверждение о факте. Но этот факт еще необходимо квалифицировать, поскольку его юридическая оценка может быть различной (умышленное убийство, неосторожное лишение жизни, превышение пределов необходимой обороны, казус и т.д.). Что такое “изменение обвинения”? В каком смысле суд связан предъявленным обвинением? С точки зрения представленных на его рассмотрение фактов, с точки зрения их юридической оценки или с обеих точек зрения одновременно? Возникает впечатление, что постсоветская доктрина в последнее время исходит из третьего варианта, что неизбежно приводит к теоретическому тупику, поскольку в такой ситуации профессиональный судья превращается в “присяжного” и перестает быть самостоятельным субъектом квалификации преступлений. Иначе говоря – перестает быть ключевым субъектом толкования уголовного закона. Центр тяжести и полнота ответственности за “материально-правовое правоприменение” перемещаются при этом подходе на прокурора, что недопустимо, так как приводит к маргинализации правоприменительной роли суда.

На самом деле смысл аккузационного принципа заключается в том, что судья абсолютно связан представленными на его рассмотрение обвинителем фактами (это и есть пределы судебного разбирательства *in rem*), но не их юридической оценкой. В плане юридической оценки (квалификации) данных фактов судья свободен, поскольку любая квалификация этих фактов сторонами, включая сторону обвинения, является лишь предварительной. В этом смысле на обвинителе лежит бремя доказывания фактов, но не бремя их юридической квалификации. Последнее является прерогативой суда, что никогда ни у кого сомнений не вызывало⁵⁰.

Теперь посмотрим с этой точки зрения на институт “изменения обвинения”. *Вправе ли прокурор изменить фактическую сторону обвинения?* Нет, не вправе, так как сама постановка вопроса лишена какого-либо смысла: “изменение” фактической стороны обвинения означает либо отказ от каких-то фактов, либо замену одних фактов другими, либо предъявление дополнительных фактов. В первом случае мы сталкиваемся с институтом отказа от обвинения в форме “частичного

⁴⁹ Об этом нередко забывают даже на максимально высоком уровне правоприменения. Скажем, в мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. содержится мысль о разграничении функций между прокурором (обвинителем) и судом, когда прерогативой прокурора является “возбуждение уголовного преследования, формулирование обвинения и его поддержание в суде”, а суд должен оставаться лишь “объективным и беспристрастным арбитром”. Но что такое “арбитр” в профессиональном суде? Ясно, что не присяжный заседатель. Но много менее ясно, должен ли “арбитр”, по мысли Конституционного Суда РФ, самостоятельно оценивать юридическую сторону деяния, является он или нет самостоятельным субъектом его квалификации и т.д.? Это Конституционный Суд РФ не поясняет, хотя словами об “арбитре” здесь не отделаешься.

⁵⁰ См., например: § 155 и § 264 УПК Германии. В последнем, в частности, прямо указано, что “суд не связан квалификацией деяния, которая дана в определении об открытии судебного разбирательства”.

отказа” от него. Во втором и третьем – с новыми фактами, которые суд рассматривать не компетентен на основании аккузационного принципа (эти факты не указаны в обвинительном акте). Здесь речь пойдет уже не об “изменении обвинения”, но о возможности выдвижения прокурором нового обвинения (по новым фактам), что является отдельной проблемой и подчинено общей процессуальной логике выдвижения обвинения по факту, который не был предметом судебного рассмотрения. *Вправе ли прокурор изменить в ходе судебного разбирательства юридическую оценку (квалификацию) выдвинутого обвинения?* Конечно, он вправе сообщить суду свое мнение по любому возникающему в ходе судебного разбирательства вопросу. Но как первоначальная оценка прокурором фактов, так и его новая их оценка (при так называемом “изменении обвинения”) не связывают и не могут связывать суд, поскольку всегда являются *предварительными*. Окончательную и обязательную для всех оценку фактов, по которым выдвинуто обвинение против конкретного лица, производит судья, и она находит отражение в приговоре.

В чем же тогда смысл института “изменения обвинения”? Собственно, ни в чем – этого смысла нет вовсе. Наряду с институтом отказа от обвинения этот институт представляет собой плод теоретических деформаций советского и постсоветского происхождения, которые кристаллизовались постепенно и достигли апофеоза в условиях современного “состязательного радикализма” с его сомнительным теоретическим уровнем. Не случайно, что мы не обнаружим даже постановку вопроса о таком институте во многих других континентальных уголовно-процессуальных системах, в частности в уголовном процессе Франции, где, напротив, очень четко разработаны конструкции пределов производства по делу, пределов судебного разбирательства, процессуальных условий предъявления прокурором в ходе судебного разбирательства дополнительного обвинения (но не изменения обвинения!), т.е. обвинения по новым фактам, и т.д. Иначе говоря, не только “отказ от обвинения”, но и “изменение обвинения” в суде есть конструкция теоретически несостоятельная и на проверку не имеющая права на существование в виде отдельного процессуального института. Это сразу же становится ясно, как только мы подвергаем идею “изменения обвинения” более или менее тщательному анализу, который она не выдерживает и в условиях “неамериканской” (т.е. не связанной исключительно со “сделками о признании” и судом присяжных) уго-

ловно-процессуальной логики выдержать не может.

Наконец, последний вопрос. Если суд связан только предъявленными обвинителем фактами, но не их юридической оценкой, то вправе ли он при постановлении приговора квалифицировать обвинение по более *тяжкой* для подсудимого статье, нежели та, что указана в обвинительном акте? Советская и постсоветские уголовно-процессуальные системы давали и продолжают давать на этот вопрос отрицательный ответ. Его логика понятна и связана с обеспечением обвиняемому права на защиту. Но в такой ситуации мы не видим никакой технической возможности полностью отказаться от института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование, поскольку у суда должен оставаться вариант решения, когда он приходит к выводу, что доказанное деяние обвиняемого следует квалифицировать по более “тяжкой” статье уголовного закона. Впрочем, мы не видим никакой драмы и в том, чтобы, как и в большинстве иных континентальных правопорядков, предоставить суду право быть полностью свободным в юридической оценке деяния как в благоприятную, так и в неблагоприятную для подсудимого сторону. Это вполне соответствует классической континентальной традиции, пониманию в ней роли суда и общей материально-правовой теории квалификации преступлений. Возможные возражения с точки зрения права на защиту понятны. Мы относимся к ним с уважением. Но выбор между подобным вариантом (далеко не идеальным), смягчающим пределы судебного разбирательства, и вариантом возвращения дела на дополнительное расследование (столь же далеким от идеала) все равно придется рано или поздно сделать. В конце концов, например, в Японии в ходе судебного разбирательства по первой инстанции не допускается представления обвинителем новых доказательств, поскольку их представление... нарушает право обвиняемого на защиту (обвиняемый должен быть знаком со всеми доказательствами заранее)⁵¹. Нам такой подход кажется странным. Но столь же странным выглядит для кого-то советско-постсоветский запрет, ограничивающий усмотрение профессионального суда при юридической оценке деяния и либо превращающий его в “суд присяжных”, либо вынуждающий отправлять дело органам расследования для “переквалификации” по более “тяжкой” статье.

⁵¹ Материалы выступления профессора Университета Иокогамы (Япония) А. Коморида на теоретическом семинаре по вопросам права. Москва, НЭПС, 12 сентября 2011 г.