

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

ИСТОКИ И ПЕРСПЕКТИВЫ ИНСТИТУТА ДОПОЛНИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ НА ПОСТСОВЕТСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ

© 2009 г. Л.В. Головки¹

Институт дополнительного расследования, т.е. право суда, принявшего уголовное дело к производству, вернуть его по определенным основаниям в стадию предварительного расследования либо по итогам решения вопроса о назначении судебного разбирательства, либо по итогам рассмотрения дела по существу, уже в стадии судебного разбирательства перешел в современный уголовный процесс многих постсоветских стран (Армения, Казахстан, Россия, Узбекистан и др.) из процесса советского, хотя иногда и под новым наименованием². В какой-то мере можно сказать, что этот институт стал для советского уголовного процесса институтом “классическим”, глубоко проникшим в ткань советской уголовно-процессуальной техники. Вместе с тем в процессе многолетнего применения процессуальная конструкция “дополнительного расследования”, по своей логике направленная на решение вполне нейтральных (технических), причем очень важных, задач, подверглась серьезной деформации и стала использоваться отнюдь не только для того, для чего она задумывалась, – у нее появились, используя медицинскую терминологию, своего рода “побочные эффекты”. Именно в таком виде, т.е. в качестве одного из системообразующих

процессуальных механизмов, сопряженного с бесспорными негативными “побочными эффектами”, институт дополнительного расследования и был унаследован постсоветскими уголовно-процессуальными законодательствами.

Здесь-то и возникла основная дилемма, связанная с решением вопроса о сохранении или упразднении интересующего нас института. С одной стороны, “побочные эффекты” оказались столь серьезными и опасными, что вызвали не только непрекращающуюся критику института дополнительного расследования³, но и констатацию его несовместимости с современными уголовно-процессуальными ценностями и принципами, сопровождаемую фактически перманентными призывами к отказу от самого института.⁴ С другой – выяснилось, что техническая нагрузка, лежащая на механизме дополнительного расследования, не столь легко распределима между остальными уголовно-процессуальными институтами, тем более что некоторые важнейшие процессуальные компоненты советский уголовный процесс, сосредоточившийся на развитии доктрины “дополнительного расследования”, в свое время уже утратил, в силу чего они не были заимствованы постсоветскими уголовно-процессуальными системами. В такой ситуации практическая реализация призыва к отказу от института дополнительного расследования оказалась с технической точки зрения отнюдь не такой простой, как кому-то могло показаться на первый взгляд.

¹ Профессор кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук.

² Целью настоящей статьи не является сравнительно-правовой анализ деталей регулирования института дополнительного расследования (так же как его терминологических модификаций) в сохранивших его республиках бывшего СССР. Мы обращаем внимание лишь на общие теоретические проблемы, с которыми неизбежно сталкивается или столкнется любое постсоветское государство, приступающее к реформе данного института. Поэтому используемая в данной статье уголовно-процессуальная терминология в определенном смысле имеет обобщенно-теоретический или, если угодно, “усредненный” характер и не претендует на точность применительно к каждой национальной уголовно-процессуальной системе. Так, судебное разбирательство в Казахстане именуется “главным судебным разбирательством”, в России назначение судебного разбирательства в интересующем нас случае проводится в форме “предварительного слушания” и т.д., и т.п.

³ См., например: Савицкий В. М., Ларин А. М. Уголовный процесс. Словарь-справочник / Под ред. В.М. Савицкого. М., 1999. С. 44–45.

⁴ Показательно, что такого рода призывы звучали и звучат не только “изнутри”, но и “извне” – со стороны авторитетных международных организаций. Так, например, Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) настоятельно рекомендовало всем постсоветским государствам отказаться от практики возвращения дел на дополнительное расследование: Criminal-Justice Systems in the OSCE Area, Reform Challenges and ODIHR Activities. OSCE. ODIHR. Warsaw, 2006. P. 7.

Ярким примером неумения решить обозначенную выше дилемму является российский законодатель, попытавшийся полностью упразднить в новом УПК РФ институт дополнительного расследования и заменить его институтом возвращения уголовного дела прокурору. Однако, скажем откровенно, данная попытка завершилась очевидным *провалом*. Это связано прежде всего с недооценкой технической составляющей института дополнительного расследования, в силу чего составители УПК РФ не создали никаких иных процессуальных механизмов, на которые можно было бы возложить решение соответствующих процессуально-технических задач. В результате институт дополнительного расследования постепенно и очень быстро “восстал из пепла”, что было, не вдаваясь в детали, юридически оформлено сначала Постановлением Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. и Постановлением Пленума Верховного суда РФ от 5 марта 2004 г., а затем и Законом о внесении изменений и дополнений в УПК РФ от 2 декабря 2008 г.⁵ Строго говоря, возрождение в российском пореформенном уголовном процессе некоего подобия института дополнительного расследования есть явление, бесспорно, *объективное*: при тех технических подходах, которые были заложены в новом УПК РФ, полностью избавиться от данного института не было *ни малейшего шанса* вопреки необоснованному оптимизму представителей доктрины⁶. В этом смысле УПК РФ служит примером того, как методологически и технически *не следует* решать проблему реформирования института дополнительного расследования.

Методологически, чтобы иметь хотя бы гипотетическую возможность технически корректно реформировать институт дополнительного расследования или вообще отказаться от него, необходимо четко отделить друг от друга оценку негативных “побочных эффектов” данного института и его функциональную роль в уголовно-процессуальной системе.

В этом смысле мы принимаем как *аксиому*, не требующую более никакого научного доказыва-

ния и поиска новых убедительных аргументов, тезис о том, что во всех постсоветских государствах, унаследовавших институт дополнительного расследования, *практика применения данного института характеризуется крайне негативными и губительными для любой уголовно-процессуальной системы явлениями*: неоправданным благоприятствованием обвинению (вместо хрестоматийного принципа *favor defensionis* на деле применяется принцип *favor accusationis*); отказом от постановления при наличии к тому оснований оправдательных приговоров; забвением фундаментального правила о том, что “все неустранимые сомнения толкуются в пользу обвиняемого” (*in dubio pro reo*) и т.д. Представляется, что полемика в данном ракурсе *pro* и *contra* института дополнительного расследования, которая, к сожалению, в постсоветской уголовно-процессуальной доктрине ведется именно и исключительно вокруг наличия или отсутствия указанных “побочных эффектов”, не имеет более никакого научного смысла. Мы здесь будем исходить из научной доказанности как *наличия* данных “побочных эффектов”, так и их *негативного* характера⁷.

В то же время аксиоматичность приведенного тезиса вовсе не означает, что институт дополнительного расследования задумывался именно как средство борьбы с оправдательными приговорами или принципом “благоприятствования защите”. Задумывался он для решения других задач, *объективно* возникающих перед *любой* уголовно-процессуальной системой (советской, постсоветской или вообще не советской), и в этом смысле, образно говоря, не следует путать проект здания со зданием, некачественно возведенным или используемым не по назначению, – здание может быть спроектировано для достижения вполне благовидных целей, а использоваться для достижения целей, совершенно не благовидных. Поэтому для оценки перспектив института дополнительного расследования требуется: а) понять, какие процессуальные задачи с его помощью решались и решаются; б) отделить друг от друга задачи “благовидные” (решать которые необходимо в любой нормальной уголовно-процессуальной системе) от задач “неблаговидных” (решать которые вовсе не нужно); в) выяснить, прежде всего с точки зрения методов сравнительного правоведения, существуют ли иные процессуальные механизмы,

⁵ Что касается практических результатов явного восстановления в российском праве института “доисследования”, то см. соответствующие данные по одному из регионов в работе: Рязанов И., Гавердовская В. Возвращение уголовного дела прокурору // Законность. 2008. № 12. С. 23–24.

⁶ См., например: Гаврилов Б.Я. Актуальные вопросы предварительного следствия по УПК Российской Федерации // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации / Отв. ред. П.А. Лупинская и Г.В. Дашков. М., 2002. С. 135.

⁷ Соответствующие данные см., например: Гаврилов Б.Я. Правовое регулирование защиты конституционных прав и свобод участников уголовного судопроизводства. Автореф. дисс. ... доктора юрид. наук. М., 2004. С. 46; Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. II. М., 2005. С. 99–100.

позволяющие решать задачи, условно названные нами “благовидными”. Иначе говоря, к решению проблемы дополнительного расследования следует подходить не концептуально, отстаивая или отрицая саму *концепцию* дополнительного расследования, а сугубо **функционально**.

Объективно возникающие проблемы

Если на время оставить в стороне сам институт дополнительного расследования, то функционально любая уголовно-процессуальная система неизбежно сталкивается с несколькими проблемами, не укладывающимися в хрестоматийное представление о расследовании и разрешении уголовного дела.

Во-первых, сложная процессуальная регламентация предварительного расследования, характерная прежде всего для так называемого “континентального уголовного процесса”, приводит к появлению разного рода процедур, *не связанных* с собственно собиранием доказательств. Данные процедуры имеют другие цели, чаще всего направленные на обеспечение прав участников процесса. В такой ситуации возникает вопрос: *каковы правовые последствия* умышленного или неумышленного нарушения лицом, ведущим производство по делу, соответствующих уголовно-процессуальных норм, регулирующих данные процедуры? С учетом того, что процедуры эти не связаны с собиранием доказательств, такое процессуальное последствие, как “признание доказательства недопустимым”, вполне достаточное при нарушении закона, скажем, при производстве обыска, здесь *неприменимо*. Соответственно должны быть иные правовые последствия подобного рода нарушений, особенно когда они приобретают принципиальный характер, но не имеют никакого отношения к существу уголовного дела, т.е. к вопросу о виновности или невиновности обвиняемого⁸.

Во-вторых, в ходе судебного следствия, которое в “нормальном” уголовном процессе совсем не обязательно должно механически воспроизводить следствие предварительное, а в идеале – *вовсе* не должно его воспроизводить, может выясниться, что обвиняемый совершил более тяжкое преступление, нежели то, что изначально вменялось ему в вину. Может выясниться также наличие других

соучастников или других эпизодов преступного деяния, выходящих за пределы предъявленного обвинения. Суд в такой ситуации должен иметь процессуальные средства реагирования на появление новых сведений подобного рода⁹.

В-третьих, опять-таки в ходе судебного следствия и независимо от решения в той или иной процессуальной системе вопроса о субъектах доказывания, т.е. имеется ли там “активный” суд или “пассивный” суд при активных сторонах, может возникнуть необходимость представления или собирания дополнительных доказательств при невозможности сделать это сугубо судебными методами. В такой ситуации должны иметь место механизмы преодоления проблемы *неожиданно* возникших пробелов доказывания, на восполнении которых настаивает одна из сторон и которые невосполнимы в ходе судебного следствия¹⁰.

Необходимость решения данных проблем

Мы намеренно выделили только те процессуальные проблемы, которые требуют решения в любой процессуальной системе, т.е. являются по нашей условной терминологии “благовидными”. Решать многие другие проблемы, столь же условно названные здесь “неблаговидными”, не требуется по принципиальным основаниям. Скажем, можно ставить вопрос о том, как быть, если нерадивый следователь плохо произвел расследование уголовного дела, допустил много процессуальных нарушений при собирании доказательств, выдвинул необоснованное обвинение и т.д.? Однако ответ на данный вопрос очевиден: в таком случае

⁹ В качестве примера приведем ситуацию, когда в ходе предварительного следствия установлен факт открытого хищения имущества, однако доказательств наличия у обвиняемого оружия нет, в силу чего дело передано в суд с обвинением в грабеже. Однако в ходе судебного следствия потерпевший и обвиняемый меняют показания, сообщая о наличии у обвиняемого пистолета, месте, куда он был выброшен, и т.д., в результате чего деяние следует перекалифицировать на более строгое (разбой).

¹⁰ Приведем в качестве примера ситуацию, когда обвиняемый дает в суде показания, ссылаясь на нового и очень важного свидетеля или соучастника, о котором он ранее не сообщал и чьи подробные анкетные данные (ФИО, домашний адрес и т.д.) он не знает и знать *не обязан*. Защита при этом ходатайствует о вызове и допросе данного лица, однако суду просто-напросто некуда направить повестку ввиду отсутствия точных персональных данных. Соответственно лицо необходимо установить или по крайней мере проверить достоверность показаний о нем обвиняемого, что силами одной лишь судебной власти сделать затруднительно.

⁸ В качестве примера такого рода нарушений приведем, например, предъявление обвинения с нарушением установленного срока, неправомерные ограничения, предусмотренные для обвиняемого при ознакомлении с материалами дела, или незаконный отказ в допуске избранного защитника.

следует признавать доказательства недопустимыми и оправдывать обвиняемого за “недоказанностью”, или по другой терминологии, “непричастностью” к совершению преступления. Создание каких-либо специальных судебных механизмов, позволяющих исправлять следственные ошибки, является, безусловно, целью “неблаговидной”, поскольку это приведет к деформации уголовно-процессуальной системы – резкому понижению роли оправдательного приговора, отсутствию у следствия стимулов к соблюдению закона и т.д. Такого рода цели вовсе не должны ставиться перед процессуальной системой, и именно поэтому мы назвали их “неблаговидными”.

Однако приведенные выше проблемы имеют совершенно иную природу и действительно требуют процессуального решения. Недопонимание принципиальных отличий между решением уголовно-процессуальным законодателем не заслуживающих того проблем¹¹, что, к слову, и привело к “побочным эффектам” института дополнительного расследования, и проблем другого порядка, требующих неопременного решения (пусть и не обязательно через дополнительное расследование), нередко встречается в современной юридической литературе. Скажем, ведя полемику в духе “законности и справедливости”, некоторые противники института дополнительного расследования отмечают, что вынесение оправдательного приговора при некачественном расследовании вполне справедливо, поскольку, дескать, “было бы не только незаконным, но и несправедливым решать вопрос некачественного предварительного расследования за счет прав и интересов обвиняемых”¹². С этим можно согласиться, если, во-первых, иметь в виду расследование действительно “некачественное”, а во-вторых, понимать под расследованием исключительно “собираение доказательств”. В такой ситуации на самом деле не нужно ничего, кроме институтов недопустимости доказательств и оправдательного приговора. Однако природа отмеченных нами проблем либо не связана с собиранием доказательств, либо далека от вопросов “качественности” или “некачественности” следствия.

В случае с **первой** из обозначенных нами проблем нарушение закона в ходе предварительного расследования, приведшее, в частности, к существенным ограничениям прав обвиняемого, не

имеет никакого отношения ни к самому обвинению, ни к его доказанности или недоказанности, ни к разрешению дела по существу. Почему судья или, допустим, присяжные заседатели должны оправдывать обвиняемого, в отношении которого имеются соответствующие обвинительные доказательства, исследованные в суде, лишь только в силу того, что обвиняемому не дали возможности надлежащим образом ознакомиться с материалами уголовного дела, и т.п.? Что и кто помешает им в такой ситуации вынести обвинительный вердикт (приговор)? Как должно в такой ситуации выглядеть, например, напутственное слово председательствующего присяжным: “Прошу Вас оценить доказательства, представленные обвинением и защитой, а также решить вопрос, нарушен ли пункт такой-то статьи такой-то УПК, регламентирующий процедуру предъявления обвинения или ознакомления с материалами дела...”? Как должен выглядеть обвинительный приговор в профессиональном суде: “Признав обвинение полностью доказанным, оправдываю обвиняемого в связи с нарушением срока предъявления обвинения...”? К чему тогда все судебные процедуры, если решение по существу дела predetermined здесь уже в момент нарушения закона в ходе предварительного расследования? Понятно, что вопрос о нарушении или отсутствии нарушения закона в ходе производства досудебных процессуальных действий, *не связанных с собиранием доказательств, не должен решаться* при рассмотрении дела по существу. При этом приговор есть судебный акт, разрешающий дело по существу, но не форма реакции на технические нарушения уголовно-процессуального закона, пусть даже и существенные.

Что касается **второй** и **третьей** из указанных проблем, то они не только не связаны или не всегда связаны с “некачественностью расследования”, но нередко возникают, напротив, в случае весьма “качественных” расследования и рассмотрения уголовного дела. Ситуацию, при которой в суде не может появиться *новых* доказательств, свидетельствующих о наличии иных соучастников, иных эпизодов преступного деяния или необходимости переквалификации преступного деяния, в том числе на более тяжкое, можно представить только в одном из двух случаев (чаще всего при их одновременном наличии): а) при незаконных методах ведения следствия, физическом или психическом давлении на обвиняемого, когда он принуждается сразу и полностью сообщить все известные ему сведения по причинам, далеким от тактики защиты; б) при отсутствии надлежащего судебного следствия, когда сторо-

¹¹ Мы здесь не имеем в виду, что такого рода проблемы вовсе не требуются решать. Но их решение не имеет никакого отношения к уголовно-процессуальному регулированию.

¹² Ковалев Н.П. Возвращение судом уголовного дела для дополнительного расследования. Алматы, 2007. С. 14.

ны “дремлют” при его проведении, а суд ограничивается монотонным оглашением материалов предварительного расследования и затем “штампует” приговор, просто-напросто переписывая обвинительное заключение. Если же исходить из некоего почти “идеального процесса”, то мы столкнемся с совершенно иной картиной: вежливый и соблюдающий закон следователь лишь беспристрастно фиксирует показания участников процесса, в том числе, допустим, застигнутого на месте преступления обвиняемого, умолчавшего о своих “сообщниках”, после чего стороны в подлинно состязательном судебном разбирательстве подвергают тех же участников процесса тщательному допросу, “ловят” их на противоречиях и т.д. В результате в ходе судебного следствия совершенно нормальным является появление новых фактов, скажем, о тех же “сообщниках”, ранее следствию предварительному неизвестных и не могущих быть известными, поскольку обвиняемый, не подвергаемый никакому насилию и не испытывающий ревностного усердия следователей, о них просто-напросто не сообщил. Разве не такой процесс является целью всех современных идеологов уголовно-процессуальных реформ, в том числе тех, которые ратуют за упразднение института дополнительного расследования? Но при чем здесь тогда “некачественное предварительное расследование”, “исправление допущенных промахов”, “прямые нарушения закона”, “процессуальные санкции” и “дополнительное время для расследования дела”¹³? Строго говоря, существует закономерность совершенно иного рода: чем более *цивилизованным* является предварительное расследование, тем больше *неожиданностей* сулит судебное разбирательство (при условии, конечно, что оно в свою очередь является вполне “цивилизованным”). И эти “неожиданности” нельзя вменять следователю в вину, если мы не хотим, чтобы он превратился в инквизитора.

Итак, ясно, что обозначенные выше проблемы объективны, далеко не всегда связаны с “некачественным” предварительным расследованием и не могут решаться посредством таких институтов, как недопустимость доказательств и оправдательный приговор. Именно по этой причине здесь требуются специальные процессуальные механизмы, одним из которых стал в свое время институт возвращения уголовного дела на дополнительное расследование.

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

Институт дополнительного расследования был исторически создан во *французском уголовном процессе* для решения, как ни странно, только третьей из указанных выше проблем (неустраняемая в ходе судебного следствия неполнота следствия предварительного), хотя, как представляется, именно эта проблема является технически наименее острой, к чему мы еще вернемся. Как бы то ни было, но в эпоху знаменитого наполеоновского Кодекса уголовного следствия 1808 г. во Франции появился так называемый институт **supplément d'information**, наименование которого и было в свое время буквально переведено на русский язык как “дополнительное следствие”, или “доследование”. В настоящее время данный институт регулируется ст. 283 и 284 действующего УПК Франции 1958 г., воспринявшего наполеоновскую конструкцию. В ней предусмотрено, что в ходе действий по подготовке судебного разбирательства председательствующий в суде ассизов судья вправе, “если следствие представляется ему неполным или если после его окончания обнаружались новые обстоятельства..., распорядиться о проведении любых следственных действий, которые он сочтет необходимыми” (абз. 1 ст. 283). Эти действия “производятся либо самим председательствующим, либо одним из ассессоров (одним из двух профессиональных членов суда ассизов, ассистирующих председательствующему. – Л.Г.), либо следственным судьей, которому направляется соответствующее поручение”. При этом действия производятся по правилам гл. I разд. III кн. I УПК, т.е. по правилам производства предварительного следствия (абз. 2 ст. 283). Полученные “в ходе дополнительного следствия протоколы и другие материалы или документы направляются секретарю суда и приобщаются к материалам дела. Они доводятся до сведения прокурора и сторон, которые уведомляются об их приобщении секретарем суда” (абз. 1 и 2 ст. 284)¹⁴.

При этом необходимо обратить внимание на следующее важнейшее обстоятельство: дело при производстве дополнительного следствия во французском уголовном процессе *остается*

¹³ Михайловская И.Б. Новый УПК РФ: прощание с советским типом уголовного судопроизводства // Концептуальные основы реформы уголовного судопроизводства в России / Отв. ред. И.Б. Михайловская. М., 2002. С. 74.

¹⁴ Порядок производства *supplément d'information* в исправительных судах, где рассматриваются дела об уголовных проступках, регулируется ст. 463 УПК Франции. Если не вдаваться в детали, то здесь применяется аналогичный подход, поэтому мы не стали цитировать текст данной статьи.

в производстве суда, т.е. оно никому не возвращается. Даже если производство дополнительного следствия поручается следственному судье, последний действует на основании *конкретных поручений* суда, ни в коей мере не получая вновь в свое распоряжение все материалы дела. В этом смысле тезис о том, что “возвращение уголовного дела судом для дополнительного расследования не практикуется в развитых демократических странах, в том числе государствах романо-германской правовой семьи”¹⁵, справедлив лишь в том смысле, что там не практикуется *возвращение* дела на дополнительное расследование, хотя само дополнительное расследование не только практикуется, но и концептуально зародилось в одном из таких государств (Франция). Отсутствие необходимости “возвращать” во Франции дело на дополнительное расследование объясняется тем, что этот институт решает лишь проблему устранения неполноты предварительного следствия, причем неполноты “конкретной” и “точечной” (именно по этой причине во Франции не возникли и не могли возникнуть советские “побочные эффекты” дополнительного расследования). Для решения других из указанных выше проблем институт дополнительного расследования (*supplément d’information*) во Франции не применяется – для этого там существуют иные процессуальные механизмы, к которым мы еще вернемся. Впрочем, сразу заметим, что концепция **возвращения** дела следственным органам также уходит корнями во французский уголовный процесс. Не вдаваясь в различные детали ее исторической эволюции, ныне данную концепцию можно обнаружить, скажем, в ст. 385 действующего УПК Франции (абз. 2), согласно которой суд вправе в некоторых случаях при обнаружении нарушений уголовно-процессуального закона, влекущих недействительность процессуальных действий (*nullités des procédures*), “вернуть дело соответствующему прокурору, что дает последнему возможность вновь передать его в производство следственного судьи для устранения выявленных нарушений”. Но, строго говоря, во французском уголовном процессе концепция “дополнительного следствия” (*supplément d’information*) не имеет никакого отношения к концепции “возвращения дела следственному судье для устранения нарушений закона” (*régularisation de la procédure*) – речь идет о разных процессуальных механизмах. Во Франции они никогда не сливались в единый институт “возвращения дела на доследование”, хотя для постсоветского юриста, привыкшего к процессу-

альной системе, где, забегая вперед, их смешение в рамках единого института все-таки произошло, отождествление двух разных французских концепций представляется едва ли не естественным. Ясно также, что механизм “возвращения дела следственному судье для устранения нарушений закона” отличается от механизма “дополнительного следствия”, помимо прочего, по *целевому критерию* – они созданы для решения разных процессуальных проблем, одной из которых являются существенные нарушения уголовно-процессуального закона (для ее решения собственно дополнительное следствие не требуется – достаточно только “возвращения”), а другой – восполнение пробелов предварительного следствия (для ее решения как раз требуется доследование).

Оставляя пока в стороне французские механизмы устранения существенных нарушений уголовно-процессуального закона и принимая во внимание только “дополнительное следствие” в строгом смысле слова, нельзя также не обратить внимания на **явный недостаток** французской конструкции “дополнительного следствия”. Если считать, что легитимные пробелы предварительного следствия, не связанные с его некачественным проведением, могут возникать лишь в результате неожиданного хода окончательного (судебного) следствия, что мы и обозначили в качестве “третьей проблемы”, то французское “дополнительное следствие” не является удовлетворительным способом их устранения, поскольку его можно провести только *до начала* судебного следствия (в ходе подготовительных действий к судебному разбирательству). В такой ситуации оно действительно выглядит не столько средством решения *объективных* технических проблем, сколько способом элементарного восполнения огрехов предварительного следствия, т.е. результатом его некачественного проведения.

Отечественный вариант “дополнительного расследования” сложился отнюдь не при советской власти, как иногда принято думать¹⁶, а в российском дореволюционном праве, причем сложился он путем не механического заимствования французской конструкции *supplément d’information*, а путем ее заимствования творческого. С одной стороны, вопрос о том, “принадлежит ли суду или его председателю в период подготовительных распоряжений власть дополнения предварительного следствия и производства исследований, необходимых для выяснения необходимости такого

¹⁵ Ковалев Н.П. Указ. соч. С. 10.

¹⁶ См.: там же. С. 5.

дополнения”¹⁷, серьезно волновал российских законодателей, правоприменителей и ученых, которым было прекрасно известно об утвердительном ответе на данный вопрос столь модного тогда французского права¹⁸. При этом Устав уголовного судопроизводства (далее – УУС) 1864 г. прямого ответа на поставленный вопрос не давал, в чем И.Я. Фойницкий видел “молчание умышленное”, объяснявшееся пониманием того, что суд не должен “превращаться в следователя”, хотя и отмечал имевшиеся “по этому вопросу” колебания “в практике”¹⁹. Иными словами, российское дореволюционное право формально не допускало возможности восполнения пробелов предварительного следствия путем производства “следствия дополнительного” по французскому образцу при том, что сама идея к тому моменту уже прочно проникла в сознание юристов, о чем можно судить как по ее доктринальному обсуждению, так и по “колебаниям” судебной практики, отмеченным И.Я. Фойницким. *С другой стороны*, российский дореволюционный уголовный процесс все-таки использовал идею дополнительного следствия, в том числе сугубо терминологически, но не совсем в том ракурсе, в котором она использовалась процессом французским. Использовал он ее в **двух случаях**.

Во-первых, при осуществлении контроля за предварительным следствием в стадии предания суду, предшествовавшей, как известно, “приготовительным к суду распоряжениям”, о которых мы только что упоминали, соответствующие судебные органы имели “право обращать дело к *доследованию* или *дополнению*, причем распоряжения этого рода делаются или по собственному их усмотрению, или по жалобе участвующих в деле лиц”²⁰. Если обратиться непосредственно к тексту УУС, то речь идет о ст. 534, которая гласила: “Признав следствие достаточно полным и произведенным без нарушения существенных форм и обрядов судопроизводства, Палата (Судебная палата. – Л.Г.) постановляет окончательное определение о предании суду или о прекращении дела, а *в противном случае обращает его к доследованию* (курсив наш. – Л.Г.) или законному направлению”. Именно данной норме советская и постсоветские уголовно-процессуальные системы обязаны двумя хрестоматийными терминами: **“доследование”** и **“существенные нарушения**

уголовно-процессуального закона”, причем первый термин в чистом виде сохранился скорее в качестве профессионального жаргона, а второй представляет собой осовремененный вариант дореволюционного “нарушения существенных обрядов и форм судопроизводства”.

Во-вторых, решая “вопрос о пределах допустимости изменения обвинения в судебном следствии”²¹ – вопрос, как мы уже отмечали, классический, который неизбежно встает перед любой процессуальной системой (как, впрочем, и вопрос о “существенных нарушениях”) и который мы выше обозначили в качестве “второй проблемы”, российское дореволюционное право отвергло и французский, и германский варианты его решения. Оно сконструировало собственный вариант, смысл которого схематично сводился к более жесткому, чем во Франции или даже в Германии, регулированию института пределов судебного разбирательства, когда “о преступном деянии, не предусмотренном в обвинительном акте, но обнаруженном при судебном следствии, вопросы не предлагаются, если оно по закону подвергается наказанию более строгому, чем деяние, в том акте определенное” (ст. 752 УУС). Но при этом такая жесткость *неизбежно* (иначе суд был бы “загнан” в процессуальный тупик) компенсировалась тем, что “в случае, указанном в предшедшей (752) статье, дело *обращается вновь к предварительному следствию* (курсив наш. – Л.Г.), если это окажется нужным, и к составлению обвинительного акта по всем преступным действиям подсудимого” (ст. 753 УУС)²².

Странно, что современные исследователи, анализируя “законодательство царской России”, упоминают только ст. 512 УУС, действительно не имеющую никакого отношения к возвращению дела на доследование судом²³, или ст. 13 УУС, имеющую к нему еще меньшее отношение²⁴, совершенно оставляя без внимания и ст. 534 УУС, и ст. 753 УУС. Если говорить о последней (ст. 753), то, наверное, такое невнимание можно объяснить тем, что данная норма расположена в законе не совсем в том месте, где располагались и продолжают располагаться нормы о возвращении дела на дополнительное расследование советских

²¹ Там же. С. 415.

²² Приведенные тексты ст. 534, 752 и 753 УУС цит. по изд.: Устав уголовного судопроизводства с позднейшими узаконениями, законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и циркулярами Министра Юстиции / Сост. М. Шрамченко и В. Ширков. Изд. 2-е. СПб., 1902. С. 496, 722, 725.

²³ Ковалев Н.П. Указ. соч. С. 5.

²⁴ Гаврилов Б.Я. Указ. соч. С. 46.

¹⁷ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. Изд. 3-е. СПб., 1910. С. 403.

¹⁸ См.: там же.

¹⁹ Там же. С. 404.

²⁰ Там же. С. 381 (курсив принадлежит И.Я. Фойницкому).

и постсоветских УПК. Что же касается ст. 534 УУС, расположенной совсем “недалеко”, скажем, от ст. 512 УУС, то ее “забвение” для нас вовсе необъяснимо.

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

Что касается советской власти, то она только довела работу до конца, соединив на уровне *отдельного правового института* витавшую в свое время в России в воздухе французскую идею дополнительного следствия в случае обнаружения уже в ходе судебного разбирательства неполноты следствия предварительного с сугубо российской концепцией возвращения дела на доследование при обнаружении такой “неполноты” в стадии предания суду, а также при обнаружении существенных нарушений уголовно-процессуального закона и при необходимости расширения пределов судебного разбирательства. Данный *единый институт доследования* был в советское время не только сконструирован доктринально, но и законодательно закреплён, что позволило советской уголовно-процессуальной науке с ее экзегетическими традициями “шлифовать” его до бесконечности. При этой “шлифовке”, разумеется, нельзя было упоминать ни “буржуазное” происхождение самой концепции, ни ее не менее “буржуазных” сравнительно-правовых корней. В результате у

многих возникла иллюзия советского происхождения идеи “доследования”, или, иначе говоря, института возвращения дела на дополнительное расследование. Появление при этом именно в советскую эпоху всевозможных “побочных эффектов” применения данного института, что связано в основном с обстоятельствами далеко не юридическими, выше мы уже отмечали и вновь на этом останавливаться смысла нет.

Таким образом, генезис интересующего нас института много более сложен, чем это может показаться на первый взгляд, и отнюдь не во всем связан с “советским наследием”. Более того, много более глубока и техническая укорененность данного института в постсоветских уголовно-процессуальных системах, что не только не дает оснований настаивать на его “противоречии традициям российского уголовного процесса”²⁵ (*mutatis mutandis* – украинского, казахского, армянского и т.д.), но и не позволяет избавиться от него так же легко, как обычно избавляются при изменении политического строя от “идеологической пены”. Неудавшаяся российская попытка служит тому прекрасной иллюстрацией.

Обратим внимание еще на одно обстоятельство. Многие постсоветские государства, сохранив институт дополнительного расследования как таковой, в ходе последовавших за распадом СССР уголовно-процессуальных реформ отказались от исторически **системообразующего** для института основания возвращения дела на доследование – основания, как мы помним, французского происхождения: *неустранимую в судебном разбирательстве неполноту предварительного следствия (дознания)*. Не обнаружим мы ныне такого основания ни в уголовном процессе Армении²⁶, ни в уголовном процессе Казахстана²⁷, ни в уголовном процессе некоторых других государств, включая Россию, где “неустраняемая неполнота” пала первой в результате Постановления Конституционного Суда РФ от 20 апреля 1999 г.²⁸ Следует признать, что отказ именно от этого

²⁵ Там же.

²⁶ См.: ст. 297 и 311 действующего УПК Армении.

²⁷ См.: ст. 303 и 323 действующего УПК Казахстана.

²⁸ Правовые позиции, высказанные по данному вопросу Конституционным Судом РФ в постановлениях от 20 апреля 1999 г. и от 8 декабря 2003 г., безусловно, сохраняют силу и после принятия Закона от 2 декабря 2008 г. Последний, как мы знаем, вовсе оставил ст. 237 УПК РФ *без какого-либо позитивного смысла*: в ней есть наименование, перечень оснований “возвращения дела прокурору” (не являющийся исчерпывающим в силу правовой позиции того же Конституционного Суда РФ) и... больше ничего, если не считать акцессорный вопрос о мере пресечения.

основания прошел достаточно безболезненно и не поставил ни одну уголовно-процессуальную систему в технически “безвыходную” ситуацию, по меньшей мере, по двум причинам. Во-первых, при всей его исторической и сравнительно-правовой значимости данное основание являлось и является юридически наиболее спорным и концептуально противоречивым, во всяком случае в стадии “подготовки к судебному разбирательству”, где еще до проведения судебного следствия требуется решать вопрос об “устранимости” или “неустранимости” его “неполноты”. Впрочем, на это мы уже обращали внимание применительно к уголовному процессу Франции. Во-вторых, так называемая третья из обозначенных выше проблем, с решением которой только и может быть связано такое основание дополнительного расследования, как устранение “неустранимых” пробелов доказывания в его “благовидном обличье” (без посягательства на фундаментальные процессуальные ценности), в принципе возникает крайне редко. При желании в ходе судебного следствия можно решить фактически любую задачу по поиску доказательственной информации, особенно тогда, когда возникающая в ней потребность не связана с некачественным проведением предварительного расследования. Пожалуй, единственный случай, заслуживающий здесь внимания, – это разрешение судом заявленного сторонами ходатайства о вызове в суд свидетеля при объективной невозможности указать его персональные данные. Но, строго говоря, нормальная процессуальная система должна реагировать на подобную ситуацию не институтом возвращения дела на дополнительное следствие или дознание, а наличием у суда технической возможности направить в полицию или, скажем, службу судебных приставов запрос с просьбой выяснить необходимые суду данные, в том числе персонального характера, или с требованием провести необходимые розыскные меры.

Как бы то ни было, но в рамках данного исследования мы не будем более затрагивать проблему “неполноты” предварительного расследования как основания возвращения дела на дополнительное расследование, невзирая на то, что некоторые постсоветские уголовно-процессуальные системы все еще сохраняют верность этой хрестоматийной конструкции²⁹. Нам она была важна исключительно для понимания генезиса и сравнительно-правовых корней института. Отказ от нее, как мы убедились, не вызывает серьезных затруднений

ни теоретического, ни практического порядка и лежит исключительно в плоскости политического выбора конкретного законодателя. Другое дело – два других традиционных основания возвращения дела на следствие, от которых, несмотря на наличие соответствующей политической воли, многим постсоветским странам так и не удалось пока *технически качественно* избавиться. Это заставляет вновь вернуться к обозначенным выше проблемам, средством решения которых данные основания являются, и попытаться понять, какими еще процессуальными способами (кроме возвращения дела на следствие) можно указанные проблемы решать. Наличие таких способов *a priori* не вызывает сомнений, поскольку сами проблемы, как мы уже отмечали, являются *объективными*, возникают повсеместно (во всех странах) и далеко не везде приводят к столь широкой процессуальной институционализации возвращения дела на дополнительное расследование, с какой мы сталкиваемся на постсоветском пространстве.

Иные возможные процессуальные механизмы решения обозначенных проблем

Напомним, что речь идет о двух проблемах, которым корреспондируют соответствующие основания возвращения уголовного дела на дополнительное расследование. *Одной* из них является наличие существенных нарушений уголовно-процессуального закона, не связанных с собиранием доказательств и препятствующих назначению и (или) проведению судебного разбирательства, а *другой* – необходимость расширения пределов производства по уголовному делу по кругу фактов (*in rem*), по кругу лиц (*in personam*) или в связи с изменением квалификации деяния на более тяжкое или существенно отличающееся от первоначального. Поскольку речь идет о *разных проблемах*, оказавшихся связанными по советской традиции на уровне единого института дополнительного расследования не из-за одинаковой процессуальной природы, а в силу одинакового механизма реагирования на них, то и рассматривать в сравнительно-правовой плоскости данные проблемы следует отдельно друг от друга.

I. Проблема существенных нарушений уголовно-процессуального закона. Прежде всего следует отметить, что данная проблема является характерной только для тех процессуальных систем, где имеется детальное и сплошное процессуальное регулирование на уровне так называемых предварительных стадий уголовного процесса. Иначе говоря, она характерна только для континенталь-

²⁹ См., например: ст. 419 действующего УПК Узбекистана или ст. 264 действующего УПК Кыргызстана.

ного уголовного процесса. В англосаксонском уголовном процессе сама постановка вопроса о “существенных нарушениях” не имеет смысла, поскольку здесь нет уголовно-процессуальных кодексов, а регулирование “досудебной” (полицейской) деятельности происходит только в связи с применением ограничивающих физическую свободу *мер принуждения* или производством затрагивающих фундаментальные права личности *действий по собиранию доказательств*. В случае нарушения полицией закона либо лицо просто напросто подлежит освобождению из-под стражи (в первом случае), либо доказательство может быть признано недопустимым (во втором случае). Никаких других сложных процессуальных конструкций типа “возбуждения уголовного дела”, “привлечения в качестве обвиняемого”, “ознакомления с материалами дела” в англо-американском уголовном процессе нет и быть не может, поэтому нет и института “существенного нарушения уголовно-процессуального закона в ходе досудебного производства”. Англосаксонский уголовный процесс вовсе не решает интересующую нас проблему и поэтому не должен быть в данном аспекте предметом сравнительного анализа.

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

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

Как известно, во Франции предварительное следствие производит представитель судебной власти – следственный судья. Его действия и решения могут пересматриваться в инстанционном порядке – так называемой следственной камерой апелляционного суда, состоящей из трех судей апелляционного суда. Решения следственной камеры в свою очередь могут обжаловаться в кассационном порядке в высший судебный орган страны – Кассационный суд. Иными словами, если не вдаваться в детали, порядок пересмотра действий и решений следственного судьи мало чем отличается от порядка пересмотра иных судебных решений, скажем, приговоров. При этом стороны вправе, во-первых, обжаловать в следственную камеру ключевые *решения* следственного судьи, а во-вторых, ставить перед следственной камерой вопрос о недействительности *действий* следственного судьи (*nullités des procédures*), если он, по мнению сторон, нарушил закон при их производстве. Очень важно, что в конечном итоге нарушения закона при производстве предварительного следствия могут быть предметом специального рассмотрения Кассационного суда, т.е. они не только не остаются без правовых последствий, но и иногда имеют самые серьезные последствия для всей правовой системы. В такой ситуации у сторон (включая прокурора), а также у самого следственного судьи (если он, допустим, получил дело из полиции или от своего коллеги с процессуальными нарушениями) есть все возможности оспорить существенные нарушения уголовно-процессуального закона, добившись аннулирования соответствующих действий и исправления допущенных ошибок, *еще до окончания* предварительного следствия. Наличие у участников процесса столь широких возможностей отстаивать свои права в ходе предварительного следствия позволяет законодателю сформулировать *логичное и вполне оправданное правило*: после окончания следственных действий и получения соответствующего уведомления следственного судьи стороны имеют 20 дней на направление жалоб и ходатайств, в том числе в следственную камеру (они могут, конечно, направлять их и раньше, но здесь речь идет о последней возможности), и если они данным правом не воспользовались, то **лишаются права ссылаться в дальнейшем на существенные нарушения закона, допущенные в ходе предварительного следствия** (ст. 175 УПК Франции). Таким образом, когда суд получает дело для рассмотрения по существу, то либо вопрос о “существенных нарушениях” уже был отдельно решен следственной камерой апелляционного суда или даже Кассационным судом (вышестоящими по

отношению к суду первой инстанции судебными инстанциями), либо он никем не ставился и больше обсуждаться не может, в том числе при последующем пересмотре приговора в апелляционном или кассационном порядке. В любом случае у суда в данной ситуации нет и не может быть никаких препятствий для рассмотрения дела, как нет и не может быть никакой необходимости возвращать дело на дополнительное следствие “в связи с существенными нарушениями закона”.

Совершенно закономерно, что единственным случаем, когда во французском уголовном процессе ныне возникает проблема, связанная с возможностью *возвращения* дела в производство следственных органов в связи с существенными нарушениями уголовно-процессуального закона, являются дела, *где не проводилось предварительного следствия*, поскольку по таким делам стороны не располагают эффективными средствами судебного контроля. Именно данная ситуация имеется в виду в уже упоминавшейся нами ст. 385 УПК Франции, где речь идет о делах об уголовных проступках, при производстве по которым предварительное следствие не является обязательным. По этому поводу во французской доктрине ведется много споров, но, не вдаваясь в детали, основная тенденция, безусловно, направлена на то, чтобы ограничить право судов, рассматривающих дело по существу, осуществлять контроль за нарушениями уголовно-процессуального закона, допущенными в ходе предварительного производства³⁰. Такой контроль должен либо осуществляться в ходе предварительного следствия до его окончания (по сложным делам), либо быть вовсе ограниченным ввиду малозначительности дела, ускоренности уголовного процесса и отсутствия угрозы применения строгих наказаний.

Таким образом, системный анализ французского уголовно-процессуального законодательства позволяет без особого труда обнаружить причину, по которой французский уголовный процесс не нуждается в “возвращении уголовного дела на следствие в связи с существенными нарушениями уголовно-процессуального закона”. Ею является развитая система судебного контроля, имеющего инстанционный характер. Она позволяет снять проблему “существенных нарушений” еще до поступления дела в суд для его рассмотрения по существу, никоим образом не ущемляя при этом, что очень важно, права участников процесса³¹.

II. Проблема необходимости расширения пределов производства по уголовному делу. Ситуация, при которой суд в ходе или по итогам судебного следствия сталкивается, в том числе в результате активной деятельности сторон, с необходимостью расширения обвинения по кругу лиц (установлены новые соучастники), по кругу фактов (установлены новые преступные эпизоды) или с необходимостью переквалификации деяния, допустим, на более тяжкое, как мы уже отмечали, универсальна. И здесь наблюдается следующая процессуальная закономерность: наличие или отсутствие института возвращения дела по данному основанию на дополнительное расследование будет определяться жестким или мягким подходом к другой процессуальной категории – категории **пределов судебного разбирательства**. При жестком к ней подходе появление института возвращения дела на “доследование” или его разнообразных аналогов фактически неизбежно, тогда как при мягком подходе данного института вполне можно избежать. В этом смысле появление конструкции доследования в ст. 753 УУС было *объективно* обусловлено формированием весьма жесткого отношения к пределам судебного разбирательства в российском дореволюционном уголовном судопроизводстве, что само по себе объяснялось самыми благими намерениями – заботой о правах защиты. Но оборотную сторону медали в виде возвращения дела на следствие в таком случае миновать нельзя. Впрочем, даже российское дореволюционное право испытывало колебания по поводу степени жесткости пределов судебного разбирательства, в частности в вопросе о квалификации: “...если дело идет... об изменении юридической квалификации, то, как толкует наша практика, следуя французскому праву, обвинение может быть рассмотрено при окончательном производстве; однако ст. 753 и здесь может быть применена по аналогии в случае более тяжких изменений квалификации, так как такое изменение обвинения противоречит обвинительному началу, принятому нашим процессом...”³². Опять-таки закономерно, что забота об “обвинительном начале” приводит здесь к расширению оснований для возвращения дела на следствие по ст. 753 УУС, что, строго говоря, противоречит тому же “обвинительному началу”, но уже в другой плоскости. В этой ситуации нет

³⁰ См. об этой тенденции: *Pradel J. Procédure pénale*. 9 éd., Paris, 1997. P. 599–601.

³¹ На постсоветском пространстве обращает на себя внима-

ние новый УПК Молдовы, который в стремлении преодолеть проблему “существенных нарушений уголовно-процессуального закона” открыто двинулся по французскому пути и, как представляется, двинулся правильно.

³² *Фойницкий И.Я.* Указ. соч. С. 416.

и не может быть идеального решения – каждая процессуальная система решает данную дилемму по-своему, но любой вариант легко критикуем, причем с одинаковых позиций (право на защиту, “обвинительное начало” и т. д.).

Со сравнительно-правовой точки зрения долго считалось, что жесткого подхода к пределам судебного разбирательства придерживается *английское право*. Но, во-первых, “вследствие многочисленных неудобств пришлось отступить от соблюдения этого [правила] во всей строгости”³³ еще в XIX столетии. Во-вторых, английский процесс знает институт отзыва обвинения, который не следует путать с отказом от обвинения. При отзыве обвинения “обвинитель просит суд не рассматривать дело”, что “оставляет ему возможность предъявить впоследствии новое обвинение”. Несмотря на то что терминологическое обозначение данного института “разнится в зависимости от судебного органа, в котором рассматривается дело”, а “судебная практика испытывает колебания по вопросу о том, в какой момент процесса обвинитель должен получить согласие суда”³⁴ на отзыв обвинения, ясно, что данный английский институт по сути мало чем отличается от возвращения дела на доследование по ходатайству стороны обвинения. Отличия здесь сугубо терминологические, но функционально речь идет об одном и том же.

Французский уголовный процесс является хрестоматийным примером мягкого, или гибкого, отношения к пределам судебного разбирательства. Во-первых, согласно французской концепции, окончательная квалификация деяния, т.е. его юридическая оценка, является прерогативой судебной власти, а не следственных или тем более полицейско-прокурорских органов, поэтому никаких теоретических ограничений для изменения квалификации не только в сторону улучшения, но и в сторону ухудшения, здесь нет и быть не может. В такой ситуации, допустим, суд, рассматривающий дело об уголовных проступках (так называемый исправительный суд), вправе квалифицировать деяние по любой статье УК, предусматривающей “исправительные наказания”, т.е. наказания за проступки. Если он по итогам судебного разбирательства придет к выводу, что речь идет об уголовном правонарушении, то

также самостоятельно квалифицирует деяние и назначает наказание за правонарушение (ст. 466 УПК Франции). Единственная проблема возникает тогда, когда суд считает, что лицо совершило не проступок и правонарушение, а преступление, заслуживающее одно из самых строгих наказаний. Дела о преступлениях подсудны не “исправительному суду”, а суду ассизов (суд более высокого уровня), поэтому исправительный суд в такой ситуации может лишь направить дело прокурору для осуществления по нему производства, предусмотренного по делам о преступлениях, что в итоге может повлечь начало предварительного следствия и отдаленно напоминает возвращение дела на доследование. Впрочем, если в деле участвует потерпевший и его адвокат, то исправительный суд в таком случае обязан рассмотреть дело самостоятельно, т.е. он становится компетентным квалифицировать деяние как преступление и назначать соответствующее наказание (ст. 469 УПК Франции в ред. Закона от 9 марта 2004 г.). Во-вторых, хотя теоретически считается, что суд принимает дело к производству в отношении только тех лиц, которые преданы суду, и только тех фактов, которые вменяются им в вину (безотносительно к их квалификации)³⁵, существуют разнообразные процессуальные механизмы, позволяющие смягчить данное ограничение при обнаружении в ходе судебного следствия новых фактов и новых лиц без отправления дела на дополнительное следствие или его возвращения прокурору. Одним из них является механизм так называемого уведомления (*avertissement*), предусмотренный ст. 389 УПК Франции: если прокурор направил обвиняемому уведомление с указанием нарушения уголовного закона, после чего обвиняемый добровольно предстал перед судом, то это избавляет от необходимости совершать какие-либо иные процессуальные действия (возбуждение уголовного преследования, предъявление обвинения и т.д.). В практике данная норма толкуется расширительно, что позволяет использовать ее для расширения пределов производства по уголовному делу (как по кругу лиц, так и по кругу деяний) непосредственно в ходе судебного разбирательства³⁶: для этого прокурору достаточно устно обратиться к подсудимому с вопросом о том, согласен ли он на рассмотрение в том же процессе вновь выявленного факта. Подсудимый считается уведомленным, после чего все зависит от его согласия: если согласие последует, то пределы производства расширяются, если – нет

³³ Там же. С. 415.

³⁴ В кавычках приведены фрагменты из известной работы профессора Кембриджского университета Спенсера, посвященной английскому уголовному процессу и опубликованной в Париже на фр. яз.: *Spencer J. R. La procédure pénale anglaise*. Paris, 1998. P. 72.

³⁵ *Pradel J. Op. cit.* P. 660.

³⁶ *Ibid.* P. 661.

(в отказе для подсудимого нет никакого практического резона), то уголовное преследование по новому факту возбуждается на общих основаниях. Та же упрощенная процедура уведомления применяется и в отношении новых соучастников.

В результате подобные процессуальные механизмы при всех их гипотетических недостатках позволяют французскому уголовному процессу *почти* полностью избавиться от института возвращения дела на следствие или даже возвращения дела прокурору по интересующему нас основанию. Некие аналоги возвращения дела на следствие применяются лишь в тех редчайших случаях, когда расширить пределы производства иначе просто-напросто невозможно (переход с проступка на преступление при отсутствии потерпевшего или, допустим, переход с неумышленного проступка на умышленное преступление даже при наличии потерпевшего).

В *германском* уголовно-процессуальном праве в целом наблюдаются схожие подходы к проблеме пределов судебного разбирательства. Подходы эти можно назвать классическими для континентального уголовного процесса. Во-первых, § 264 УПК Германии³⁷ четко и однозначно гласит, что “суд не связан квалификацией деяния, которая дана в определении об открытии судебного разбирательства”. Во-вторых, хотя согласно п. 1 § 265 УПК Германии “подсудимый не может быть осужден на основании нормы уголовного закона, не фигурирующей в допущенном к судебному рассмотрению обвинении”, далее названы два условия, позволяющие все-таки расширить пределы судебного разбирательства: 1) предупреждение подсудимого об изменении обвинения; 2) предоставление ему возможности подготовки к защите, в том числе путем отложения дела “по его ходатайству”. Условия эти являются хрестоматийными для германского уголовного процесса – на них в свое время обращал внимание еще И.Я. Фойницкий³⁸. Стоит ли тогда удивляться, что в германском уголовном процессе мы не обнаружим никаких следов “возвращения дела на следствие в связи с необходимостью предъявления более тяжкого обвинения”, даже если такая необходимость связана не с упущениями полиции и прокурора, а с неожиданным ходом судебного следствия?

В целом институт дополнительного расследования может окончательно исчезнуть с постсоветской уголовно-процессуальной карты только при одновременном наличии двух условий. *Первым* из них является повсеместное создание системы *эффективного инстанционного* судебного контроля (во главе с Верховным Судом) за соблюдением органами расследования любых правил и процедур, регулирующих порядок досудебного производства. Мы здесь никоим образом не имеем в виду, что обжаловаться должно “абсолютно всё”. Напротив, эффективность судебного контроля определяется в том числе и четким пониманием его необходимых *пределов*, когда у участников уголовного судопроизводства есть возможность защищать свои права, но нет возможности ими злоупотреблять. Лишь наличие сложившейся системы судебного контроля позволит безбоязненно ввести по французскому образцу положение о том, что если стороны до окончания досудебного производства не обжаловали в суд соответствующих *решений* органов расследования или не поставили перед судом вопроса о недействительности их *действий*, то они лишаются права ссылаться на какие-либо процессуальные нарушения, допущенные следователем, дознавателем или прокурором, в судебных стадиях процесса. Альтернатива такому подходу нам также прекрасно известна – осуществление контроля уже в ходе судебного производства с возвращением дела на “следствие” в случае обнаружения “существенных нарушений уголовного-процессуального закона”. Мы, разумеется, отдаем себе отчет в том, что нынешнее состояние судебного контроля выбора пока не оставляет – на постсоветском пространстве он находится в эмбриональном состоянии, особенно если учитывать не только собственно законодательное регулирование, но и практику деятельности “контролирующих судей”. Но здесь понятен хотя бы вектор развития: формирование в досудебном производстве системы эффективного судебного контроля, построенного на инстанционных началах³⁹, рано или поздно позволит *теоретически обоснованно* отказаться от такого основания возвращения уголовного дела на дополнительное расследование, как “существенные нарушения” уголовно-процессуального закона со стороны органов расследования.

³⁷ Здесь и далее мы использовали русский перевод УПК Германии по изд.: Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии (с изм. и доп. на 1 января 1993 г.) / Пер. Б.А. Филимонова. М., 1994.

³⁸ Фойницкий И.Я. Указ. соч. С. 413.

³⁹ Яркой иллюстрацией очередного шага на этом пути стало постановление Пленума Верховного Суда РФ “О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ” от 10 февраля 2009 г. Впрочем, если исходить даже только из российского права, то шаг этот является именно *очередным*, но далеко не завершающим.

Сложнее обстоит дело со **вторым** условием, коим является *отказ* от жесткого подхода к пределам судебного разбирательства, согласно которому существует абсолютная принципиальная невозможность их расширения непосредственно в стадии судебного разбирательства *in defavorem* (в сторону ухудшения положения защиты), *включая квалификацию*. Данный подход, сформировавшийся еще в дореволюционном российском праве, стал для права советского и постсоветского не только важнейшей традицией, но и едва ли не фундаментальным уголовно-процессуальным принципом. Мы никоим образом не настаиваем на необходимости его забвения и перехода к “мягким” пределам судебного разбирательства по западному образцу⁴⁰. Должно быть ясно другое: при сохранении традиционного для советского и постсоветского права подхода к пределам судебного разбирательства ни одной постсоветской стране *никогда* не удастся избавиться хотя бы от одного из оснований возвращения дела на дополнительное расследование, а следовательно, не удастся полностью избавиться и от самого института, не имея, конечно, в виду избавление сугубо формальное в виде, например, переименования. Речь технически идет об *обратно пропорциональной зависимости между двумя процессуальными ценностями*, одной из которых являются гарантированные для защиты пределы судебного разбирательства, а другой – абсолютная невозможность возвращения дела на доследование. Любые компромиссы всегда будут

на поверку оказываться здесь компромиссами *мнимыми*⁴¹.

В целом следует понять главное: судьба института дополнительного расследования в каждом из постсоветских государств, включая, разумеется, Российскую Федерацию, где данный институт ныне скрывается под личиной “возвращения дела прокурору”, должна решаться не на эмоциональном, а на сугубо рациональном уровне. Здесь не имеют значение чьи-либо персональные симпатии или антипатии к механизму “доследования”, независимо от того, разделяем мы их или нет. Важно другое: осознание объективных процессуальных закономерностей, в результате которых от “доследования” нельзя отказаться простым волевым решением. Такой отказ всегда будет обречен на неудачу, что и показал, в частности, российский опыт. Механизм дополнительного расследования гипотетически можно лишь *функционально заменить* каким-либо иным механизмом, в свою очередь не всегда идеальным, и именно в этом направлении должны быть сосредоточены интеллектуальные усилия реформаторов.

⁴⁰ Одним из немногих постсоветских примеров последовательного и завершённого отказа от традиционной доктрины “пределов судебного разбирательства” является белорусский уголовный процесс. Часть 2 ст. 301 УПК Беларуси предусматривает технику изменения обвинения на более тяжкое непосредственно в ходе судебного разбирательства. Ясно, что сделано это было для того, чтобы полностью избавиться в данном случае от необходимости возвращать дело на “доследование”. Стал ли такой выбор благом для белорусского уголовного процесса? На этот вопрос нельзя ответить юридически: здесь необходимо проведение соответствующих социологических исследований. Парадокс заключается в том, что, избавившись от одного из самых “трудных” оснований доследования, новый УПК Беларуси, тем не менее, не избавился от института в целом. Так, доследование допускается здесь по ходатайству стороны в случае недостаточности “предъявленных доказательств” (ч. 5 ст. 301). Другое дело, что речь идет о “доследовании” французского типа, т.е. без “возвращения” дела в стадию предварительного следствия или дознания.

⁴¹ Характерным примером такого рода “мнимых компромиссов” является новый УПК Молдовы. С одной стороны, стремясь избавиться от “доследования”, молдавский законодатель логично отказывается от “жестких” пределов судебного разбирательства, допуская их изменение “в сторону ухудшения для защиты” непосредственно в ходе судебного разбирательства (ч. 1 ст. 326), с другой – в случае, когда в судебном разбирательстве выясняется совершение обвиняемым “другого преступления”, меняющего “юридическую квалификацию” обвинения, законодатель пытается “жесткие пределы” все-таки сохранить. Каким образом? Путем якобы нового института “отложения” судебного разбирательства и передачи материалов дела прокурору (но без обвинительного акта и протокола судебного заседания). Прокурор имеет один или в случае продления два месяца на уголовное преследование по другому обвинению, составление нового обвинения и его предъявление. После этого он передает материалы в суд, и судебное разбирательство продолжается (ч. 2 ст. 326 УПК). Чем данная конструкция отличается от возвращения уголовного дела на доследование в связи с необходимостью предъявления более тяжкого обвинения? *Ровным счетом ничем*, особенно если учесть, что уголовное преследование по “другому” преступлению включает “сбор необходимых доказательств” (ст. 252), предъявление обвинения подразумевает обязательный “допрос обвиняемого” (ст. 282) и т.д. Таким образом, на уровне общей нормы УПК Молдовы вынужден отойти от “жестких” пределов судебного разбирательства, но как только он пытается предусмотреть специальную норму, их сохраняющую, то тут же вновь приходит... к доследованию. Иначе и быть не может – *tertium non datur*.