

11. Келт.: *Ольков С.Г.* Детерминация девиантного поведения, современная политика и отрицательная девиантность в контексте глобализации // Криминология: вчера, сегодня, завтра: Тр. Санкт-Петербург. криминологического клуба. — 2006. — № 1 (10). — СПб., 2006. — С. 62–82 (*Чижевский А.Л.* Космический пульс жизни: Земля в объятиях Солнца. Гелиотараксия. — М., 1995. — С. 385).
12. *Шестаков Д.А.* Школа преступных подсистем: парадигма, отрасли, влияние вовне // Российский криминологический взгляд. — 2005. — № 1. — С. 45–53.
13. Абай: Энциклопедия. — Алматы: Қазақ энцикл. бас ред.; Атамұра, 1995. — 403, 404-б.
14. *Ыбырай С.* «Отыз сегізінші кара сөздің» мұраты // Қазақ әдебиеті. — 2010. — 13 тамыз.

УДК 343.1

Логика правоприменителя в уголовно-процессуальном правоприменении

Пен С.Г.

Карагандинский университет «Болашақ»

Мақалада автордың әр түрлі процессуалдық шешімдерді қабылдаудың себептері туралы бірнеше ой-тұжырымдары ұсынылған. Іс жүргізу тәртібін бұзушылықтарының белгілі себептерін талдаумен байланысты емес, заңнаманы сақтау жөніндегі кепілдіктерді қатайтатын ережелер мен талаптарды арттыру күтілетін нәтиже бермей, қылмыстық іс жүргізу заңнамасының дамуын бұрыс жаққа бағыттайды. Құқыққолданушылық тәжірибесінің заңнамаға кері әсері зерттеліп, құқыққа түзету енгізілген.

The article presents several author abstracts of the reasons for the adoption of various procedural decisions. The author proposes to focus research on the laws of criminal procedure law enforcement. Increasing regulations and rules will toughen safeguards to comply with the law outside the context of the analysis of the obvious, lying on the surface, the causes of violations of any remedial order does not bring the desired effect and shifts the development of the criminal procedure law in the wrong direction. In this paper we study cases where law enforcement is provided opposite impact on legislation and adjusts the right.

В настоящей статье мы попытаемся изменить угол зрения на некоторые проблемы уголовно-процессуального правоприменения. Дело в том, что традиционное отношение к праву как регулятору общественных отношений в современных условиях несколько исказилось. Это выражается в нескольких тенденциях, например, в эскалации процедурности, которая подразумевает усложнение и детализацию уже регламентированных процедур, а также правовую регламентацию тех аспектов, которые до этого правом не регулировались. В этом проявляется очевидный тренд усилий законодателя, полагающего, что детальная правовая регламентация есть главный метод борьбы с нарушениями требований действующего законодательства.

Бесспорно, что развитие общественных отношений требует адекватного правового регулирования и без нормотворчества невозможно обойтись в принципе, но, с другой стороны, вряд ли правильно понимать эту необходимость как основание конвейерного продуцирования норм права. К сожалению, этому еще способствуют почти все диссертационные исследования по уголовному процессу последних лет, в которых предлагается ввести ту или иную новую статью в УПК РК, а то и целую главу. При этом, что парадоксально, каждое из этих предложений в достаточной степени научно обосновано и подкреплено соответствующими аргументами. Нетрудно представить, какой несоизмеримой ни с чем толщины стал бы действующий Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан, если бы все эти предложения нашли свое отражение в законодательстве.

Принята и утверждена Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г. № 858 Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 гг., в которой подчеркивается, что «эффективная уголовная политика государства невозможна без оптимальной модели уголовного судопроизводства» [1], и здесь же говорится о том, что «действующий Уголовно-процессуальный кодекс Республики в основном привел систему уголовной юстиции в соответствие с характеристиками современного демократического, правового государства» [1].

Однако так ли это? Имеем ли мы, представители юридической науки и практики, право заявить о том, что отечественная уголовная юстиция, и уголовное судопроизводство в частности, является демократичным и удовлетворяет модели правового государства? Является ли этот программный документ концепцией в полном смысле этого слова или это всего лишь очередной набор симптоматических мер, основанных на прежнем подходе к правопониманию?

Автор берет на себя смелость предположить, что на перечисленные вопросы более оснований ответить отрицательно, нежели утвердительно. Попробуем разобраться и проанализировать современные тенденции развития отечественного уголовно-процессуального законодательства, с тем чтобы обнаружить их тождественность намерениям законодотворцев. Диссонанс в этой сфере весьма чреват последствиями не только для научной доктрины, в первую очередь он негативно отразится на состоянии правоприменительной практики.

Удручает количество аргументов, оправдывающих такое положение вещей и основанных на модной, но логически ущербной установке — якобы «у нас (казахстанцев) такой менталитет», и именно он препятствует созданию эффективной правовой системы. Следуя указанной логике, возникает вопрос: «Неужели апологеты евгеники были правы, обосновывая теорию расовых превосходств и недостатков? Означает ли это, что мы должны признать научно обоснованным националистический шовинизм?».

С субъективной, авторской точки зрения думается, что кризис «хороших законов» и «добросовестных исполнителей» до настоящего времени не разрешен ни в целом, ни в частном. Очевидно, что избыточный акцент только на одной из сторон этой проблемы никоим образом не приближает нас к демократичному уголовному судопроизводству. Мало написать законы, необходимо добиться их исполнения, но здесь возникает другая проблема — «ущербность» исполнителей, которую, в свою очередь, вновь пытаются решать путем принятия новых законов.

Такая цикличность характерна для состояния кризиса, когда все апробированные и использованные многократно методы исчерпали свой потенциал и единственный выход — это перейти на качественно, принципиально иной уровень деятельности.

Так, например, профессор А.С. Александров в отзыве на докторскую диссертацию С.В. Зуева [2] отмечал: «Проблема использования результатов ОРД в качестве доказательств решается автором изолированно от общей процедуры доказывания, установленной УПК. Его подход воспроизводит, на наш взгляд, порочную линию законодателя последних лет, когда из права, как общего масштаба для измерения разных явлений, пытаются сделать набор частных правил для конкретных случаев. Уже намечилось особое производство по делам о налоговых преступлениях, по делам о терроризме, по экономическим преступлениям, все новые и новые изъятия, исключения, оговорки и пр.». Зуев также предлагает создать систему специальных правил для расследования и доказывания по делам о преступлениях, совершаемых организованными группами и преступными сообществами (преступными организациями), в том числе по легализации данных ОРД. «Если так будет продолжаться, то для каждой категории обвиняемых будет свой УПК. Такой подход нами не приветствуется. Надо решать проблему регламентации доказывания комплексно — для всех уголовных дел должны быть единые правила доказывания. Чрезвычайщина (под видом процессуальной дифференциации) — признак слабости государства» [3].

Трудно не согласиться с указанной точкой зрения, и мы полностью поддерживаем мнение профессора А.С. Александрова, которое развивает знаменитое высказывание философа Уильяма Оккама о том, что «не должно множить сущее без необходимости» [4].

Другой стороной указанных процессов является увеличение требований и правил, ужесточающих гарантии по соблюдению законодательства вне связи с анализом очевидных, лежащих на поверхности причин нарушений того или иного процессуального порядка. Случаи, когда практика правоприменения оказывает обратное влияние на законодательство и корректирует право, стали весьма редкими. Одним из последних известнейших примеров является уточнение перечня документов, удостоверяющих личность обвиняемого, закрепленного в ст. 280 УПК РК и измененного Законом РК от 08.01.07 г. № 210-III. Нет нужды напоминать о том, какую абсурдную практику документирования обвиняемых породила ранее действовавшая ст. 280 УПК РК до изложения в новой редакции*.

Смысл предлагаемого нами подхода заключается в том, чтобы обосновать несколько гипотез, которые, на наш взгляд, не учитываются в законодательном регулировании уголовного судопроиз-

* Известны случаи, когда следователи были вынуждены прописывать обвиняемого в своем собственном жилье, чтобы документировать его и не нарушить процессуальные сроки расследования.

водства. Идея искать причины многочисленных нарушений требований уголовно-процессуального закона, в первую очередь, не в правовой ткани судопроизводства, а в некоторых «законах поведения правоприменителя», позволяет сложить целостную трехмерную картину и правильно определять «болевые точки» в уголовно-процессуальном законодательстве.

Необходимо уточнить, что в нашем представлении речь идет не о приспособлении норм права под эксцессы правоприменения, а о выработке стратегии законотворчества, в которой, помимо других традиционных факторов, уделялось бы внимание тем проблемам правоприменения, разрешение которых не достигается императивными, но в то же время заведомо декларативными методами.

Определенная общность такого метода осмысления проблем наблюдается с философским подходом некоторых авторов (А.П. Дубнов, В.А. Дубовцев) к изучению явлений криминализации общества, которые полагают, что «необходимо вычленив конструктивные аспекты самосохранения субъектов криминальной активности с тем, чтобы понять, может ли в принципе массовая криминализация быть преобразована в массовую легитимную экономическую активность» [5]. По нашему мнению, в этой категории «самосохранения субъектов» как раз и заложен смысл использования неких поведенческих аксиом и установок в целях поиска новых решений, к которому апеллирует и наш подход.

Итак, первый тезис. *Лучший — это тот, кто отвечает требованиям сложившейся системы правил поведения, а не требованиям норм права.* Нормы уголовно-процессуального закона, подразумевающие добросовестного правоприменителя и не содержащие конкретных критериев, в правоприменительной практике почти всегда истолковываются вопреки намерениям законодателя. Причем толкование здесь, как таковое, чисто условное, так как мы подразумеваем неяснение смысла нормы правоприменителем, поскольку правоприменитель прекрасно осведомлен об истинном предназначении правового предписания, но намеренно истолковывает ее таким образом, чтобы:

- ограничить объем работы по исполнению требований нормы права;
- адаптировать ** исполнение данной нормы под уже существующие обстоятельства.

Наиболее ярко действие этого правила проявляется в процессе формирования доказательственной информации по делу. Абсолютное большинство практических работников, начиная свою профессиональную деятельность, в первую очередь осваивают «шаблоны доказывания», т.е. алгоритмы процессуальных и следственных действий, которые позволяют обеспечить судебную перспективу уголовному делу той или иной категории и соответственно тому или иному виду уголовно-наказуемого деяния.

При этом следственная практика проявляет и некоторую изобретательность в тех ситуациях, где наблюдается законодательный вакуум либо определенный шаблон неприменим. Так, по делам о хищении чужого имущества (кража, грабеж), если отсутствует возможность изъятия вещественного доказательства, являющегося предметом непосредственным преступления, он долгое время заменялся следующим набором источников фактических данных:

- протоколом допроса подозреваемого, в котором он поясняет, кому и при каких обстоятельствах сбыл похищенное имущество;
- протоколом допроса свидетеля, в котором лицо подтверждает, что купил некое имущество, но о его преступном происхождении не знал и впоследствии данное имущество утратил либо продал неустановленному лицу;
- протоколом опознания свидетелем подозреваемого, в котором свидетель указывает на того, кто сбыл ему похищенное имущество;
- протоколом очной ставки между свидетелем и подозреваемым, в котором вышеуказанные сведения вновь закрепляются в их показаниях. При этом само проведение очной ставки — обязательный атрибут и не зависит от наличия противоречий в показаниях. Просто это еще один способ продуцирования источников доказательств органом уголовного преследования.

Как видно, указанный алгоритм практически позволяет считать факт хищения доказанным даже в отсутствие изъятых вещественных доказательств, но, кроме того, позволяет легко манипулировать результатами расследования и создавать видимость доказанности виновности при отсутствии прямых улик.

Далее, нельзя не упомянуть о факторе, который не просто влияет на характер правоприменения, а по большей части формирует — это правовая статистика, под которой мы подразумеваем сложившуюся систему критериев оценки деятельности правоохранительных органов и судов. Правовая статистика, по

** Здесь, вероятно, наиболее точным было бы употребить вульгарное выражение «подогнать».

нашему мнению, настолько мощный мотивационный и системообразующий фактор, что мы запланировали серию исследований в этом направлении в дальнейшем. В рамках настоящей статьи мы просто обязаны указать на такие уродливые формы правоприменения, которые возникли под действием защищаемого нами тезиса о системном влиянии.

Чтобы осознать масштабы этой проблемы, достаточно указать на сложившийся в результате такой дифференциации стереотип деятельности следователя и оперуполномоченного. Так, следователи уверены, что их работа заключается в процессуальном оформлении той информации, которую им предоставляют оперативные подразделения, что означает устранение от поиска доказательств имеющимися процессуальными средствами доказывания. Оперативники, в свою очередь, полагают, что именно они обязаны раскрывать преступления (добывать информацию), а следователь лишь оформляет результаты их работы [6].

В подтверждение этого приведем бытующее определение: «раскрытие преступления следственным путем», которое прочно укоренилось в сознании правоприменителей. Такое могло произойти только в том случае, если подразумевается какая-то исключительность этого метода, тогда как это достаточно абсурдная ситуация, когда расследование преступления больше не подразумевает его раскрытия. Мало того, что это противоречит положениям теории уголовного процесса [7], это не соответствует задачам уголовного судопроизводства, указанным в ст. 8 УПК РК.

Между тем «раскрытие преступления следственным путем» как метод широко культивируется правоприменителями. Так, на встрече руководства МВД РК с личным составом подразделений следствия и дознания ДВД г. Астаны, Акмолинской области и ЦДВДТ особо подчеркивалась необходимость «активизации раскрытия преступлений следственным путем» [8]. Аналогичные проблемы существуют и у наших российских коллег. Например, на форуме сотрудников МВД России всерьез обсуждается вопрос о том, сколько процентов указывать в графе отчетности «Раскрытие следственным путем» и участники дискуссии советуют друг другу: «Требуют не менее 10% от оконченных. Так и ставлю, плюс минус чуть-чуть» [9].

Тезис второй: *каждый правоприменитель стремится идти по пути наименьшего сопротивления*. На примере уголовно-процессуального правоприменения рассмотрим данный алгоритм принятия решений правоприменителем. Умозрительно можно представить следующие ситуации:

Ситуация 1: «Появление дополнительных доказательств после предъявления обвинения в совершении преступления, влекущих предъявление нового обвинения».

Здесь все зависит от стадии и состояния доказательственной базы на момент появления новой информации, поэтому ситуация распадается на два варианта:

1) Следователь предъявил обвинение в связи с необходимостью избрания меры пресечения в отношении подозреваемого, задержанного в порядке ст.132 УПК РК.

В данном случае, как правило, доказательственная база находится в промежуточном состоянии, т.е. достаточном для избрания меры пресечения и предъявления обвинения, но недостаточной для окончания расследования по делу. В следственном сленге бытует определение «дежурная привлечёнка», что означает постановление о предъявлении обвинения, составленное для достижения узкой цели конкретного этапа расследования — например, обоснования ходатайства о санкционировании ареста судом или санкционировании некоторых следственных и процессуальных действий (обыска, наложения ареста на имущество и т.п.).

Как видно, предъявленное обвинение в данном случае заведомо не претендует на окончательный тезис обвинения и имеет конкретную перспективу для более детального доказывания тех или иных аспектов преступной деятельности, что, в свою очередь, естественным образом влечет изменение, дополнение обвинения либо предъявление нового.

В этой связи появление новых сведений, имеющих доказательственное значение для дела, воспринимается правоприменителем (следователем) совершенно нормально и закономерно и потому закрепляется в полном соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства. Однако совершенно другой подход наиболее вероятен в другой ситуации.

Ситуация 2: Следователь фактически пришел к выводу о полной доказанности вины обвиняемого и приступил к окончанию расследования (составление описи документов, находящихся в деле, ознакомление с материалами дела потерпевшим и обвиняемым и составление обвинительного заключения).

Совершенно очевидно, что поступление новых сведений, имеющих доказательственное значение для дела, на данном этапе правоприменителем (следователем) будет жестко ограничено уже избран-

ной позицией по делу, обусловленной объемом той работы, которую правоприменителю предстоит выполнить, чтобы изменить обвинение и предъявить новое обвинение. Это и есть одно из проявлений «закона наименьшего сопротивления», о котором мы еще не раз будем упоминать, специально исследуя такой феномен правоприменительной практики, как «точка необратимости в ходе производства по уголовному делу».

Другим не менее ярким доказательством тезиса о наименьшем сопротивлении являются события, связанные с новым институтом упрощенного досудебного производства (глава 23–1 УПК РК). По замыслу разработчиков этой новеллы, данный институт должен был значительно снизить нагрузку на органы дознания и предварительного следствия, исключая комплекс излишних процессуальных действий из производства по делам небольшой и средней тяжести, по которым обвиняемый признает свою вину в полном объеме. Однако после изменения всего лишь на уровне межведомственного стандарта формирования правовой статистики такого показателя, как прекращение уголовного дела по нереабилитирующим основаниям количество дел, направляемых в суд, существенно сократилось, а количество прекращенных дел резко возросло.

Иными словами, создание целого вида самостоятельного уголовно-процессуального производства по делу, масса споров и дискуссий вокруг принятия данного законопроекта и т.д. — все это не дало столь ожидаемого результата в резком сокращении нагрузки на органы уголовного преследования, а несущественная с юридико-технической точки зрения корректировка ведомственной отчетности по формам Комитета правовой статистики и специальных учетов Генеральной прокуратуры РК изменила ситуацию кардинально и высвободила массу ресурсов, так как позволила более не учитывать прекращение уголовного дела по нереабилитирующим основаниям в качестве отрицательного показателя работы подразделения.

Таким образом, мы просто обозначили перед правоприменителем выбор — предать суду или прекратить дела. В первом случае требуется хоть какая-то, но процессуальная деятельность, продиктованная порядком производства по уголовному делу, во втором случае нужно еще меньше — зафиксировать примирение сторон и прекратить дело. Неудивительно, что правоприменитель избирает тот вариант, при котором одинаковый результат достигается с наименьшими трудозатратами.

Данный пример прекрасно обнажает истинные «рычаги» управления уголовным судопроизводством и показывает всем ученым-процессуалистам, что поиск решений многих проблем, или, по терминологии В.Т. Томина, «острых углов уголовного судопроизводства», кроется отнюдь не в эфемерных правовых институтах, гарантиях и прочем, а гораздо ближе к поверхности. Возможно, что тенденция обезличивания правотворчества в попытках рассматривать уголовно-процессуальный закон как нечто надматериальное приведет нас к еще большему разрыву следственной и судебной практики от собственно теории уголовного процесса. И в этом ключе аргумент о том, что теория и практика оторваны друг от друга только в силу нарушений норм права на практике, исчерпывает себя и требует более веского и предметного обоснования.

Список литературы

1. Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 г., утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г. № 858 // Казахстанская правда. — 2009. — 27 авг. — С. 8.
2. См. Зувев С.В. Теоретические и прикладные проблемы совершенствования уголовного преследования по делам о преступлениях, совершаемых организованными группами и преступными сообществами (преступными организациями): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М. 2010. — 52 с.
3. Александров А.С. Отзыв на диссертацию Зуева С.В. на соискание ученой степени доктора юридических наук // Режим доступа: <http://www.iaaj.net/node/315>
4. Бритва Оккама — методологический принцип, получивший название по имени английского монаха-францисканца, философа-номиналиста Уильяма Оккама (Ockham, Ockam, Occam; ок. 1285—1349). В упрощенном виде он гласит: «Не следует множить сущее без необходимости» (либо «Не следует привлекать новые сущности без самой крайней на то необходимости»). Этот принцип формирует базис методологического редукционизма, также называемый принципом бережливости, или законом экономии.
5. Дубнов А.П., Дубовцев В.А. Философия преступности: проблемы криминализации российского общества. — Екатеринбург: Издат. дом «Ява», 1999. — С. 80–95.
6. Пен С.Г. Попытки, как следствие иррационального в расследовании // Материалы круглого стола на тему «Проблемы противодействия попыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство обращениям или наказаниям» Под общ. ред. д.ю.н., проф. Н.О. Дулатбекова — Караганда: РИО «Болашак-Баспа», 2009. — С. 17–28.

7. Адигамова Г.З. Следственные действия — способ установления истины по уголовному делу // Проблемы противодействия преступности в современных условиях: Материалы междунар. науч.-практ. конф. 16–17 октября 2003 г. — Ч. III. — Уфа: РИО БашГУ, 2004. — С. 3–9. — 224 с.
8. Следственный комитет МВД Республики Казахстан. Пресс-релиз о встрече с личным составом ДВД г. Астаны, Акмолинской области и ЦДВДТ.
9. Конференция «Наша служба...» // Режим доступа: <http://law-enforcement.ru>

ӘОЖ 343.342 (574)

Қылмысты ұйымдастыруы үшін қылмыстық жауаптылықтың кейбір мәселелері

Өзбеков Д.Ө.

Е.А.Бөкетов атындағы Қарағанды мемлекеттік университеті

В целях обеспечения эффективности борьбы с преступлениями, совершаемыми при соучастии, автор выдвигает ряд аргументированных предложений по совершенствованию УК РК и обозначению роли организатора при квалификации преступлений, а также дифференциации и индивидуализации наказания.

In order to ensure the effectiveness of combating crimes committed during soucha-stii, the authors put forward a number of well-reasoned proposals for the improvement of the Criminal Code of RK and designation of the role of organizer for the crimes, as well as the differentiation of dissociation and the individualization of punishment.

Қылмысқа қатысушылардың қылмыс істеген кездегі әрқайсысының атқарған міндеттерінің түріне қарай бірінен-бірінің өзгешеліктері болады. Бұл өзгешеліктерді ажыратпайынша олардың әрқайсысының қылмысқа қатысу дәрежесін, оған байланысты қолдануға жататын жазаның шамасын белгілеу мүмкін емес.

Бір ғана қылмысқа қатысушылардың іс-әрекеттері абсолютті түрде бірыңғай болуы мүмкін емес. Олардың арасындағы ерекшеліктерді анықтауға біздің қылмыстық заңдылығымыз бен құқық теориясы үлкен маңыздылық береді. Қазақстан Республикасының Қылмыстық кодексінің 28-бабының мәні бойынша қылмысқа қатысушылардың қылмыстарын саралау олардың функцияларының өзіне тән ерекшеліктерін алдын ала анықтауды талап етеді.

Қазақстан Республикасының Қылмыстық кодексінің 28-бабында көрсетілгендей, олардың қылмысқа қатысу сипаты мен деңгейін есепке алу қажет. Басқа сөзбен айтқанда, бірлескен қылмыстық іс-әрекеттерді саралау мен жаза тағайындау, яғни қылмысқа қатысудың негізгі сұрақтарын шешу бірлесіп әрекет етуші тұлғаларды нақтылы түрге бөлусіз мүмкін емес.

Қылмысқа қатысу сипатына байланысты қатысушыларды төрт түрге бөлеміз: орындаушы, ұйымдастырушы, азғырушы, көмектесуші. Олардың әрбіреуінің іс-әрекетіне өзіндік белгілер тән, бұл белгілер заңның әр түрлі нормаларында, Қылмыстық кодексінің 28–29-баптарындағы әр түрлі тармақтарда ашық көрсетілген. Қатысушылардың қатаң индивидуалды жақтарын заңда белгілеумен, олардың іс-әрекеттерін бөліп сипаттаумен қылмысқа қатысушылардың әрбір түрінің дербестігі көрінеді. Ғалым Ф.Г. Бурчактің пайымдауынша, «атқарушылық іс-әрекет қылмысқа қатысушының кез келген басқа іс-әрекетін өзіне жатқызады, ал алғашқыда ұйымдастырушы не айдап салушы болған, бірақ кейін қылмысты орындауға қатысқан тұлға тек орындаушы ретінде танылуы тиіс». Ол ұйымдастырушылық және айдап салушылық іс-әрекеттерді жауапкершілікті ауырлататын мән-жай ретінде қарастыруды ұсынады [1].

Жоғарыда көрсетілгендей, қылмысқа қатысушылардың рөлдерінің бірін-бірі қамтуын қауіпті бір іс-әрекеттің екіншісін қамтуы туралы, егер олардың біреуі екіншісінің конструктивті белгісі болып табылса ғана айтуға болады. Ұйымдастырушының, айдап салушы мен қылмысқа көмектесушінің іс-әрекеті заңмен сипатталған орындаушының функцияларына кірмейді. Олардың бір-бірін өзара қамтуы қоғамдық қауіптілік деңгейі бойынша қылмысқа қатысушылар түрлерінің бір-біріне өзара