

КОММЕНТАРИЙ К РАЗДЕЛУ 14 УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ»¹

Введение

Раздел 14 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан регулирует производство по делам с участием присяжных заседателей. Следует, однако, сделать оговорку, что модель суда с участием присяжных заседателей выбранная казахстанским законодателем не соответствует моделям института присяжных заседателей, используемых практически во всех правовых системах как общего (прецедентного), так и писанного (континентального) права, а представляет собой, так называемый, суд смешанной коллегии профессиональных судей и народных заседателей или шеффенский суд. Это несоответствие неоднократно обсуждалось на многочисленных конференциях² и публикациях.³ В связи с этим в настоящем комментарии обращается внимание на критические моменты законодательства о смешанном суде

Глава 65. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 630. Порядок производства по делам с участием присяжных заседателей

Данная статья гласит, что общие правила и принципы определенные в тексте УПК применяются к производству смешанного суда, однако в той форме насколько они сочетаются с порядком определенной разделом 14. Иными словами, Раздел 14 определяет особый порядок судопроизводства, который может существенно отличаться от обычного порядка судопроизводства с участием одного судьи. Кроме того адвокатам, участвующим по



Посольство
Великобритании
Астана

¹ Материал подготовлен Центром исследования правовой политики при содействии доктора Ковалева Н., старшего ассоциированного научного сотрудника Центра исследования правовой политики, магистра права, профессора кафедры криминологии Университета Уилфорда Лурье, и Нурумова Д. старшего ассоциированного эксперта Центра исследования правовой политики, к.ю.н., при технической поддержке Посольства Великобритании в Астане. Мнения экспертов не обязательно отражают официальную точку зрения Посольства.

² См. например, ЕЖЕГОДНЫЕ КОНСУЛЬТАЦИИ ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ ПО ВОПРОСАМ УГОЛОВНОГО ПРАВОСУДИЯ. РАСШИРЕНИЕ ПОДСУДНОСТИ СУДА С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ В СВЕТЕ ПЛАНА НАЦИИ «100 ШАГОВ». Сборник докладов. – Астана, 2016. URL: <http://lprc.kz/files/library/326/rus/Сборник%20докладов.pdf>

³ См. Народное участие в отправлении правосудия в странах СНГ: независимый и беспристрастный суд присяжных или «суд кивал»? (в печати); В поисках независимого и беспристрастного суда присяжных для Казахстана // Юрист. № 2 (44). 2005. С. 29-38; Суд над судом присяжных // Правовая Реформа в Казахстане. № 1 (27). 2005. С. 3-8; По делу о присяжных заседателях (вердикт Верховного суда РК) // Юрист. № 8 (60). С. 36-43; а также Комментарии к законопроекту «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам участия присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве» в редакции от 13 января 2005 г. // Правовая реформа в Казахстане. № 1 (27). 2005. С. 87-94.

уголовным делам в смешанном суде необходимо ознакомиться с действующими нормативными постановлениями Верховного Суда Республики Казахстан.⁴

Статья 631. Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей

Подсудность смешанного суда имеет очень ограниченный характер. За последние 10 лет законодатель несколько раз существенно менял подсудность смешанного суда. Если в первые несколько лет наблюдалась тенденция к расширению подсудности, то в последние годы наблюдается ее сокращение. Так изначально в 2007 г. ему были подсудны дела по всем преступлениям, за которые в качестве меры наказания могла быть применена смертная казнь. В июле 2009 г. в подсудность смешанного суда включили дела, по которым могло быть назначено наказание - пожизненное лишение свободы. С первого января 2010 г. подсудность смешанных судов была расширена по всем уголовным делам об особо тяжких преступлениях, однако, за исключением некоторых политических преступлений: государственная измена, шпионаж, посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан, насильственный захват власти, вооруженный мятеж и акт терроризма. Данное изменение явно было заимствованием аналогичных реформ по исключению преступлений против государства из подсудности российского суда присяжных в 2009 г. Спустя еще два года в феврале 2012 г. список исключений из подсудности смешанного суда дополнился еще целым рядом преступлений таких как наемничество, диверсия, пятью преступлениями террористической направленности. В июле 2013 г. из подсудности также были исключены дела об убийстве, совершаемых организованной группой, дела о контрабанде, дела о незаконном обороте наркотиков. Принятый новый УПК РК, вступивший в силу в январе 2015 г., также не охватывает категории преступлений, которые были исключены ранее. Кроме того, из подсудности смешанного суда были исключены составы по воинским преступлениям, совершенным в военное время или боевой обстановке.

Таким образом, подсудность смешанного суда не основана на каком-либо четком правовом критерии, а целиком зависит от воли законодателей и правоприменителей, по инициативе которых принимаются поправки к УПК РК. В итоге большинство дел, подсудных суду присяжных в Республики Казахстан, были ограничены одной категорией преступлений – квалифицированному умышленному убийству (до 2015 - ст. 96 УК РК, а с 2015 г. – ст. 99). Подобное избирательное отношение к подсудимым, обвиненным в особо тяжких преступлениях также объясняется слабыми гарантиями, прежде всего в самой Конституции, которая не ограничивает полномочия Парламента по урезанию юрисдикции смешанного суда и, по сути дела, сведения института народного участия к маргинальной, если не декоративной роли. Вместе с тем, такое отношение со стороны законодателя является, на наш взгляд, полностью неоправданным. Представляется, что закон, гарантирующий право на судимым судом присяжных, должен быть единым для всех категории особо тяжких и тяжких преступлений, совершаемых в Республике Казахстан. Это особенно важно при осуществлении Плана Нации – 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ Главы государства. В частности, 21-й пункт (шаг) из Плана Нации гласит: *Расширение области применения суда присяжных. Законодательное определение категории уголовных дел, по которым суд присяжных должен являться обязательным.*

Защитникам необходимо отслеживать изменения в законодательстве в отношении подсудности смешанного суда. Вместе с тем, в случаях, когда адвокаты считают, что право подсудимого на доступ к правосудию в форме смешанного суда было нарушено на этапе досудебного производства следует обращаться в суд.

Данная статья также предполагает, что если по делу обвиняется несколько лиц, то дело будет

⁴ См., например, Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 23 августа 2012 года № 4 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего производство по уголовным делам с участием присяжных заседателей» (с изменениями и дополнениями от 24.12.2014 г.).

рассматриваться в смешанном суде, если хотя бы один из обвиняемых заявил ходатайство о рассмотрении дела в смешанном суде. Таким образом в уголовном деле, в котором присутствуют несколько обвиняемых невозможен отказ от смешанного суда, если хотя бы один из обвиняемых предпочел суд с участием присяжных заседателей профессиональному суду.

Статья 632. Состав суда с участием присяжных заседателей

Статья 632 определяет состав смешанного суда в Казахстане: один профессиональный судья и десять народных заседателей. В первые три года своей работы, смешанная коллегия состояла из двух судей областных судов (а также городских судов Алматы и Астаны) и девяти народных заседателей. Однако, в 2010 г. ее состав был изменен путем исключения одного из профессиональных судей из коллегии и добавления одного присяжного заседателя, таким образом изменив соотношение профессионального и народного элементов в пользу последнего.

Адвокату участвующему по делу в смешанном суде следует учитывать, что профессиональный судья будет находится в совещательной комнате вместе с присяжными заседателями. В этой связи, адвокату следует указывать в своей речи на их независимость от председательствующего судьи, их право не согласиться с мнением председательствующего при голосовании, о том, что они обладают такими же правами, что и председательствующий при вынесении решения по делу.

Статья 633. Недопустимость воздействия на присяжного заседателя

Статья 633 запрещает вступать в неустановленный законом контакт с народными представителями смешанного суда. Данный запрет распространяется не только на адвоката, но и на прокурора, представителей потерпевшего. Вместе с тем, следует отметить, что данная статья ничего не говорит о запрете воздействия на присяжного заседателя со стороны председательствующего судьи⁵, что является огромным недостатком законодательства. Как уже говорилось в комментарии к предыдущей статье адвокату необходимо в своей заключительной речи подчеркнуть, что народные заседатели принимают решения независимо от председательствующего.

Статья 634. Ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей

Право подсудимого на суд с участием присяжных заседателей в Казахстане не является автоматическим, за исключением случаев если другой подсудимый не заявил ходатайство о суде с участием смешанного суда. Данное ходатайство может быть заявлено на любом этапе уголовного судопроизводства, но до назначения судом главного судебного разбирательства.

На защитнике лежит профессиональная обязанность объяснить клиенту отличия судопроизводства в смешанном суде по сравнению с судопроизводством в суде, состоящим из одного судьи (а также отличиях смешанного суда от классической модели суда присяжных),

⁵ В СМИ обсуждалось дело, которое слушалось в специализированном межрайонном суде по уголовным делам Карагандинской области. По словам присяжных, которые обратились в СМИ после их роспуска председательствующим, судья открыто выражал свое предубеждение против стороны защиты и оказывал на них давление в совещательной комнате с целью вынудить присяжных признать виновным несовершеннолетнего подсудимого, обвиненного в изнасиловании своей двоюродной сестры. После того, как присяжные отказались признать подсудимого виновным, так как посчитали, что половой акт между подростками произошел по их обоюдному согласию, судья распустил присяжных заседателей. За разглашение сведений закрытого судебного заседания присяжные были оштрафованы.

а также последствия избрания данной формы судопроизводства, в том числе, особенности обжалования приговора, вынесенного смешанным судом.

Адвокату следует также учитывать, что прокурор может переqualифицировать обвинение, что может приводить к изменению подсудности с суда со смешанной коллегией на суд в составе единоличного судьи.

Глава 66. ОСОБЕННОСТИ НАЗНАЧЕНИЯ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

Статья 635. Проведение предварительного слушания

Предварительное слушание по делам, которые входят в подсудность суда участием присяжных заседателей обязательно, вне зависимости от наличия ходатайства на смешанный суд. Это гарантия позволяет подсудимому и его защитнику воспользоваться правом ходатайствовать о рассмотрении дела смешанным судом в ходе предварительного слушания.

Статья 636. Особенности проведения предварительного слушания

В качестве одной из целей предварительного слушания является выяснение намерения подсудимого выбрать или подтвердить ходатайство о рассмотрении дела смешанным судом.

Закон позволяет, подсудимому заявлять ходатайство о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей либо в устной, либо в письменной форме. Если адвокат имел возможность обсудить с подзащитным вопрос о форме судопроизводства до начала предварительного слушания и подзащитный выбрал смешанный суд в качестве формы суда, то защитнику необходимо составить письменное ходатайство о рассмотрении дела таким судом и попросить приобщить его к материалам уголовного дела.

Кроме того, адвокату следует учитывать, что на данном этапе судопроизводства на подзащитного, заявившего ранее ходатайство о рассмотрении его дела с участием присяжных заседателей, может оказываться прямое или косвенное давление отказаться от смешанного суда.

На данном этапе судопроизводства защитники имеют право на заявление ходатайства об исключении из материалов дела фактических данных, признанных недопустимыми в качестве доказательств. Защитнику необходимо подготовить ходатайства об исключении таких фактических данных в письменной форме с приложением доказательств недопустимости оспариваемых материалов, в том числе письменных заявлений подзащитного.

Статья 637. Особенности решений, выносимых в порядке предварительного слушания при назначении судебного заседания с участием присяжных заседателей

По итогам предварительного слушания судья принимает одной из решений, в том числе о назначении судебного заседания с участием присяжных заседателей, а также определяет количество кандидатов в заседатели, которые должны быть вызваны в суд. Хотя закон не предусматривает обязанность судьи выяснять позицию защиты по поводу необходимого количества кандидатов, подлежащих вызову, адвокату необходимо ходатайствовать о вызове как можно большего количества кандидатов для того, чтобы гарантировать большую вероятность явки достаточного количества кандидатов, а также случайность выборки. Изучение материалов уголовных дел в Казахстане свидетельствует о том, что в некоторых делах даже при вызове в суд 200-300 человек фактически являются только около 30, т.е. около 10 процентов, вызванных в суд.

Статья 638. Порядок предварительной случайной выборки кандидатов в присяжные заседатели для участия в судебном разбирательстве

Данная статья определяет порядок случайной выборки кандидатов в заседатели смешанного суда проводимой сотрудниками суда. Закон не предусматривает права сторон присутствовать при формировании списков кандидатов в заседатели, что является большим недостатком законодательства, так как не позволяет сторонам убедиться, что случайная выборка действительно имела место.

На наш взгляд, казахстанскому законодателю необходимо ввести положение о включении в предварительный список информации о возрасте кандидатов в заседатели. Такое положение существует во многих странах, в том числе и в России. Желательно также предусмотреть право сторон получать копию предварительного списка кандидатов в заседатели, чтобы иметь возможность удостовериться, что тот же список, который был получен судом, а также для того, чтобы адвокатура и прокуратура вели собственные реестры присяжных, которые уже приглашались для участия в смешанном суде или участвовали в процессе в течение года. В данном случае это не будет угрожать безопасности присяжных заседателей, а только способствовать контролю против нарушений со стороны уполномоченного органа и суда.

Для того, чтобы обеспечить участие как можно большего числа граждан в суде, а также для того, чтобы не принуждать одних и тех же граждан из года в год выполнять обязанности заседателей, рекомендуется пересмотреть положение ч. 3 ст. 638 УПК РК и увеличить срок, в течение которого одно и то же лицо может участвовать в суде с участием присяжных заседателей. Этот срок для категории особо тяжких преступлений составляет в разных странах не менее 5 лет.

Глава 67. ОТБОР КАНДИДАТОВ В ПРИСЯЖНЫЕ ЗАСЕДАТЕЛИ ДЛЯ УЧАСТИЯ В СУДЕБНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ

Статья 639. Общие положения

В ходе отбора присяжных заседателей судья может исключить участие того или иного кандидата если присутствует одно из четырех оснований, указанных в ч. 1 ст. 639. Основной задачей адвоката при отборе присяжных заседателей является с избрание наиболее благоприятных кандидатов. В частности, адвокат должен определить для себя какой профиль будет наиболее отвечать его позиции в данном деле и для данного подзащитного. В связи с этим он может учитывать пол, возраст, профессию и другие характеристики потенциальных присяжных заседателей. Данный вопрос следует обсудить с подзащитным заранее, так как в ходе отбора на это не будет времени.

Закон позволяет адвокату предлагать председательствующему вопросы, который последний задает кандидатам в заседатели. Адвокату обязательно необходимо воспользоваться этим правом. Список вопросов для кандидатов в заседатели также должен быть составлен заранее. Даже если вопросы, по тем или иным причинам не будут заданы председательствующим, это важный этап при отборе заседателей. В качестве вопросов могут быть заданы вопросы, направленные на выяснения возможного предубеждения по отношению к подсудимому.

Статья 640. Освобождение председательствующим кандидатов в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела

Хотя закон возлагает на председательствующего обязанность опрашивать кандидатов в заседатели о наличии обстоятельств, препятствующих их участию в рассмотрении дела в качестве присяжных заседателей, в интересах защиты следить за тем, что все обстоятельства были выяснены в ходе отбора. Если по каким-либо причинам

председательствующий не задал вопрос, касающийся того или иного обстоятельства, указанного в ст. 640, то адвокату следует на это указать председательствующему до завершения освобождения кандидатов в заседатели от участия в рассмотрении дела.

Статья 641. Разрешение вопросов о самоотводе кандидатов в присяжные заседатели

Данная статья предоставляет право стороне защиты высказывать свою позицию относительно уважительных причин, препятствующих кандидату в присяжные участвовать в рассмотрении дела. Если кандидат, который по мнению адвоката, является одним из благоприятных кандидатов для защиты, то адвокату следует высказаться в пользу отказа в самоотводе и, наоборот, высказаться в пользу удовлетворения самоотвода в отношении неблагоприятных для защиты кандидатов.

Статья 642. Разрешение вопросов об отводе кандидатов в присяжные заседатели

Адвокат должен также руководствоваться соображениями обеспечения наиболее потенциально благоприятного состава смешанного суда при заявлении мотивированного отвода кандидатам, в тех случаях, когда существуют веские основания для такого отвода, в частности если адвокату известно о заинтересованности кандидата в данном деле. Адвокату необходимо использовать данное право как можно шире, так как число немотивированных отводов очень ограничено, и поэтому адвокат, возможно, не сможет отвести всех, по его мнению, неблагоприятных для его подзащитных кандидатов путем немотивированных отводов. Вместе с тем, адвокату следует учитывать, что слишком активная позиция по отводу кандидатов может отрицательно сказаться на восприятии отводимыми кандидатами стороны защиты, особенно в случае если судьей не был удовлетворен отвод кандидата.

Статья 643. Немотивированный отвод кандидатов в присяжные заседатели

Смысл права сторон на немотивированный отвод кандидатов в присяжные заседатели заключается в том, чтобы отвести кандидатов в присяжные, предубежденных против одной из сторон и которых не удалось отвести на основании мотивированного отвода. В данном праве особенно нуждается сторона защиты в случаях, когда в составе коллегии присяжных остаются присяжные заседатели явно настроенные против защиты. Другой задачей немотивированного отвода является часто объективная невозможность раскрытия предвзятости кандидата в присяжные заседатели против одной из сторон, но есть косвенные признаки, которые показывают, что могут быть сомнения в том что конкретный заседатель будет судить беспристрастно в конкретном уголовном деле. Такие основания могут быть установлены на основе психологического портрета наиболее благоприятного присяжного по данному делу, составленного каждой из сторон с возможным привлечением специалистов в области социальной психологии и т.д.⁶

Согласно статье 643 право адвоката на немотивированный отвод кандидата зависит от позиции подзащитного, а также от того сколько подсудимых участвуют в процессе. Статья 643 гласит, что если подсудимый откажется от своего права на немотивированный отвод, то защитник не может самостоятельно заявлять такой отвод. В случае если в процессе участвует лишь один подсудимый, то сторона защиты имеет право на три немотивированных отвода. Однако, если в деле участвуют два и более подсудимых, то три немотивированных отвода предоставленных защиты должны быть согласованы между подсудимыми либо определены путем жребия.

⁶ Таких специалистов в США называют консультантами по присяжным заседателям (jury consultants). Их услугами пользуются как сторона защиты, так и сторона обвинения.

На наш взгляд, желательно увеличить количество немотивированных отводов, так как этот инструмент способствует формированию более сбалансированной коллегии присяжных заседателей. В мировой практике, где признается право сторон на немотивированный отвод, категории дел, которые рассматривает казахстанский смешанный суд, т.е. особо тяжкие преступления, предусматривают довольно большое число немотивированных отводов. В делах, где возможное наказание по которым предусматривает пожизненное заключение или смертную казнь иногда каждой стороне дается право на 20 немотивированных отводов. В связи с этим представляется, что каждой стороне необходимо предоставить большее число немотивированных отводов, но не менее десяти (мы исходим из того, что число заседателей в коллегии десять). Примечательно, что многие российские юристы-практики, как прокуроры, так и адвокаты, после многолетнего опыта работы с присяжными заседателями пришли к выводу о необходимости увеличения минимального количества немотивированных отводов в уголовном процессе РФ.⁷ За увеличение количества количества немотивированных отводов выступают также и некоторые ведущие российские ученые специалисты по суду присяжных. Так например, разработчик закона о суде присяжных в России профессор С.А. Пашин предлагает увеличить число немотивированных отводов, которые можно заявлять кандидатам в присяжные заседатели, до шести от каждого подсудимого.⁸

Статья 644. Образование коллегии присяжных заседателей путем проведения жеребьевки

Последним этапом при формировании смешанной коллегии является проведение жеребьевки из оставшихся, после мотивированных и немотивированных отводов, кандидатов. При этом адвокату следует убедиться, что никто из кандидатов, которые были отведены ранее не попали в число кандидатов, выбираемых путем жеребьевки.

Правило о проведении жеребьевки на данном этапе, на наш взгляд, является излишним. На наш взгляд было бы предпочтительным, если бы жеребьевка осуществлялась на самом первоначальном этапе. Кандидаты, вызванные в суд, в присутствии сторон проходили бы жеребьевку в суде и получали бы соответствующие номера. Это бы позволило бы сторонам использовать более эффективно их права на немотивированные отводы.

Статья 645. Общие условия участия присяжных заседателей в судебном разбирательстве

Статья 645 описывает общие условия участия заседателей в судебном разбирательстве. В частности, статья описывает расположение скамьи заседателей. Законодательство Казахстана прямо не предоставляет подсудимым, в отношении которых в качестве меры пресечения применено содержание под стражей, иметь возможность сидеть за столом вместе со своим защитником. В Казахстане, как в других странах на постсоветском пространстве, подсудимые, которые находятся под стражей, и даже те, к которым применены меры пресечения, не связанные с предварительным заключением, помещаются за стеклянное ограждение. Подобная практика, несомненно, оказывает психологическое воздействие на присяжных заседателей. В связи с этим, на наш взгляд, защитнику целесообразно ходатайствовать перед судом о том, чтобы председательствующий разрешил подсудимому сидеть за столом, где располагается защита. Такая практика существует в ряде стран, как например, Канада и США.

Статья 645 также предусматривает возможность замены заседателей в смешанной коллегии на запасных заседателей, а также возможность роспуска коллегии, в случаях, когда замена

⁷ Эта информация получена автором данного анализа из серии интервью и анкетирования прокуроров и адвокатов РФ. См. Nikolai Kovalev, Selection of Jurors and Lay Assessors in Comparative Perspective: Eurasian Context, 2 Russian Law Journal 9-62 (2014).

⁸ Пашин С.А., Концепция судебной реформы в России, (2004). URL: <http://sutyajnik.ru/rus/cases/etc/koncepcia_sud_reformi.htm>.

неосуществима если отсутствуют запасные заседатели. В практике казахстанского смешанного суда известны случаи, когда председательствующий по надуманным основаниям распускает коллегия заседателей, в частности, когда председательствующий не согласен с позицией большинства заседателей. Если защита приходит к выводу, что председательствующий пытается отстранить одного из заседателей по незаконным и необоснованным причинам, то адвокату следует требовать от председательствующего указать на причины отстранения присяжного заседателя с занесением причин такого отстранения в протокол судебного заседания. Кроме того, если защитник приходит к выводу о том, что председательствующий выражает свою заинтересованность в исходе дела путем отстранения заседателей из смешанной коллегии, то адвокату необходимо заявить отвод судье. Даже если отвод не будет удовлетворен, это может быть использовано защитой при обжаловании решения суда в апелляционной инстанции.

Статья 646. Принятие присяжными заседателями присяги

Данная статья предусматривает порядок принятия присяги заседателями. Адвокату следует убедиться, что все без исключения заседатели, в том числе и запасные, подтвердили принятие присяги в соответствии с данной статьей.

Глава 68. ОСОБЕННОСТИ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА ДЕЛА СУДОМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

Статья 647. Права, обязанности присяжного заседателя и ограничения в действиях, связанные с рассмотрением дела

Данная статья описывает права и обязанности заседателей в ходе судебного разбирательства, а также устанавливает определенные ограничения в действиях заседателей. Статья наделяет председательствующего широкими полномочиями для контроля заседателей и прямо не указывает на роль сторон, в том числе защиты разъяснять заседателям об их правах и обязанностях. Закон, однако, не запрещает адвокату в своих выступлениях напоминать заседателям об их равноправном статусе с председательствующим в отношении вопросов признания подсудимого виновным или невиновным, а также при назначении наказания. На наш взгляд, защитник должен использовать любую возможность напомнить заседателям об их важной роли и обязанностях.

Кроме того, адвокату необходимо в каждом случае попыток председательствующего отстранить заседателей от участия в деле выяснять и настаивать на фиксации в протоколе причин отстранения заседателя.

Статья 648. Компетенция суда с участием присяжных заседателей

Данная статья закрепляет перечень вопросов, которые входят в компетенцию заседателей. Адвокату следует четко знать, что входит в компетенцию заседателей. В частности, закон запрещает знакомить заседателей с фактическими данными, недопустимыми в качестве доказательств. Вместе с тем, существует неоднозначное понимание того, какие факты должны рассматриваться в качестве недопустимых доказательств. Например, может ли адвокат в присутствии заседателей ссылаться на применение к подсудимому в ходе предварительного следствия недозволённых методов допроса. Закон прямо не предусматривает запрета на такое выступление. Вместе с тем, в практике казахстанского смешанного суда это рассматривается в качестве давления на присяжных. Верховным Судом РК в нормативном постановлении № 4 от 23 августа 2012 г. в пункте 13 дается следующее разъяснение: «Если в ходе судебного заседания подсудимый заявит о применении к нему в ходе предварительного следствия недозволённых методов (принуждение к даче показаний, пытки), судья в отсутствие присяжных заседателей исследует показания подсудимого, осуществляет допрос указанных им лиц. Если факты о применении недозволённых методов

следствия не подтвердились, суд извещает об этом присяжных заседателей. В случае если факты о применении недозволённых методов в ходе предварительного следствия подтвердились, судья признаёт полученные таким способом доказательства недопустимыми».⁹ Данное разъяснение, однако, не запрещает адвокату не согласиться с решением председательствующего судьи относительно того, применялись ли к подсудимому недозволённые методы. На наш взгляд, адвокат может заявить перед присяжными, что они имеют право ставить под сомнение доказательства, полученные на предварительном следствии, в том числе показания подсудимого, даже в том случае если председательствующий решил, что по мнению председательствующего «факты о применении недозволённых методов следствия не подтвердились». Право заседателей оценивать доказательства по их внутреннему убеждению, в том числе подвергать сомнению любые доказательства, полученные в ходе предварительного следствия, вытекает из статьи 25 УПК РК.

Статья 649. Прекращение дела в суде с участием присяжных заседателей

В случаях, установленных законом, в частности при отказе прокурора от обвинения, а также за отсутствием события уголовного правонарушения, за отсутствием в деянии состава уголовного правонарушения и т.д. председательствующий способен вынести решение о прекращении дела единолично и без согласия заседателей.

Статья 650. Особенности судебного следствия в суде с участием присяжных заседателей

Хотя судебное следствие в смешанном суде проводится в соответствии с общими правилами, установленными УПК РК, статья 650 устанавливает ряд отличительных особенностей судебного следствия в смешанном суде. Это объясняется прежде всего возможным намерением законодателя оградить присяжных от некоторых категорий доказательств, способных вызвать в отношении подсудимого предубеждения заседателей. С одной стороны, может показаться, что законодатель постарался использовать положительные элементы российского и англо-американского суда присяжных, и это должно гарантировать беспристрастность заседателей, однако у нас вызывает большое сомнение эффективность этой нормы. В англо-американском доказательственном праве положение об исключении отрицательной характеристики подсудимого (*defendant's bad character evidence*) имеет совершенно чёткий смысл – присяжные должны вынести вердикт, основываясь только на допустимых доказательствах, прежние же судимости, кроме отдельных случаев, не имеют отношения к деянию, в котором обвиняется подсудимый, и только могут вызвать предубеждение у присяжных и повлиять на их беспристрастность.

В смешанном суде судьи и заседатели, находятся в совершенно разных весовых категориях в смысле знания обстоятельств дела. При смешанной модели не исключено что судьи могут заявить заседателям о доказательствах, рассмотренных без их участия или могут попытаться сообщить им о существовании определенных обстоятельств, известных только судьям. Более того, закон прямо не запрещает председательствующему упоминать об обстоятельствах, способных вызвать в отношении подсудимого предубеждения заседателей, он лишь запрещает упоминать о них в ходе судебного следствия, а также в ходе прений сторон, тем самым предоставляя возможность профессиональному судье влиять на ход совещания. При этом об таком влиянии могут не узнать ни стороны, ни апелляционная инстанция, ни общественность, так как приговор такого состава в части признания подсудимого виновным, не будет мотивирован, а заседатели будут обязаны хранить тайну совещательной комнаты.

⁹ Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 23 августа 2012 года № 4 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего производство по уголовным делам с участием присяжных заседателей» (с изменениями и дополнениями от 24.12.2014 г.), п. 13.

Адвокату очень сложно предупредить подобные нарушения закона председательствующим. Вместе с тем, в своих выступлениях адвокат может напомнить присяжным, что они обязаны принимать во внимание только те доказательства, которые были рассмотрены в судебном заседании с их участием. Все другие факты и обстоятельства, которые им не были известны в ходе судебного следствия, в том числе обстоятельства, которые могут быть известны председательствующему или сторонам, ни в коем случае не должны повлиять на их решение, так как это запрещено законом, в частности ст. 650 УПК РК.

Статья 651. Прения сторон в суде с участием присяжных заседателей

Статья 651 УПК РК делит прения сторон в смешанном суде на две части. Первая часть проводится с участием заседателей и касается позиций сторон относительно доказанности или недоказанности вины подсудимого. Вторая же часть проводится без участия заседателей и касается вопросов квалификации, а также назначения наказания. Такая процедура, на наш взгляд, является нарушением сразу нескольких принципов уголовного процесса, а также простой логики. Во-первых, прения сторон в отношении назначения наказания до вынесения решения смешанной коллегии о виновности или невиновности подсудимого противоречит конституционному принципу презумпции невиновности (ст. 19 УПК РК). Во-вторых, заседатели должны решать вопросы о назначении наказания без заслушивания речей сторон и прежде всего защиты, а это ставит под сомнение не только презумпцию невиновности, но также и таких принципов уголовного судопроизводства как судебная защита прав и свобод человека и гражданина (ст. 12 УПК РК), обеспечение подозреваемому, обвиняемому права на защиту (ст. 26 УПК РК), всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела (ст. 24 УПК РК), осуществление судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон (ст. 23 УПК РК).

Статья 652. Реплики и последнее слово подсудимого в суде с участием присяжных заседателей

Данная статья предоставляет право сторонам выступить с репликами после прений сторон. Адвокату необходимо использовать данное право для опровержения аргументов, высказанных прокурором и представителями потерпевшего в прениях сторон. Реплика не является повторной заключительной речью и должна быть краткой. Вместе с тем, защитнику следует высказать аргументы, ранее не озвученные в заключительной речи.

Последнее слово подсудимого может сыграть весьма важную роль, и поэтому необходимо подготовить подсудимого к данному этапу судебного разбирательства. Последнее слово должно быть кратким. При произнесении последнего слова подсудимому рекомендуется смотреть заседателями в глаза и не читать с листа заранее написанный текст.

Статья 653. Постановка вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей. Статья 654. Содержание вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей

Сторонам, в том числе и защите, предоставляется право принимать участие в обсуждении содержания и формулировке вопросов, подлежащих разрешению смешанным судом. Хотя вопросные листы состоят из трех основных вопросов, указанных в 654 УПК, адвокат может внести предложение о постановке новых вопросов. Адвокату следует рекомендовать председательствующему формулировать вопросы таким образом, чтобы они были как можно краткими и понятными для простых людей, не обладающих юридическим образованием. Кроме того, если по мнению адвоката в деле имеются доказательства свидетельствующие о необходимости освобождения подсудимого от уголовной ответственности, например, по причине необходимой обороны, то адвокату следует внести предложение о постановке такого вопроса перед смешанным судом.

Статья 655. Тайна совещания присяжных заседателей

Исходя из содержания статьи 655 совещание смешанной коллегии имеет непрерывный характер и не может быть прервано на выходные дни. Однако перерыв может быть объявлен председательствующим для отдыха, а также по окончании рабочего времени до начала в следующий день. Это означает, что совещание, которое начато в пятницу не может быть прервано до вынесения решения судом с участием присяжных заседателей. В совещательной комнате присутствие кого-либо кроме судьи и заседателей не допускается.

Статья 656. Порядок проведения совещания и голосования в совещательной комнате

Так как присутствие защиты при проведении совещания и голосования в совещательной комнате не допустимо, а разглашение тайны совещательной комнаты заседателями запрещено, адвокату практически невозможно убедиться в том, что председательствующий четко соблюдал правила проведения совещания. Возможное давление со стороны председательствующего является основной угрозой для свободного волеизъявления мнений заседателями.

Сторонники смешанного суда в Казахстане утверждают, что письменный порядок голосования исключает какое-либо влияние на присяжных заседателей со стороны профессионального судьи.¹⁰ Тайное голосование никак не может исключить влияния на заседателей со стороны профессиональных судей, так как, во-первых, такое влияние будет осуществляться перед голосованием, а, во-вторых, не исключена практика переголосования. В ходе совещания полностью не исключено что председательствующий может представлять заседателям любую информацию, включая и доказательства, которые не должны доводиться до их сведения, и тем самым манипулировать индивидуальными решениями заседателей. Однако, даже если представить, что шесть из десяти т.е. 2/3 заседателей (для того чтобы заседатели смогли решить вопрос о невиновности или наказании вопреки позиции судьи, народных представителей должно быть, как минимум 6) будут принципиально отстаивать свою точку зрения и будут голосовать, по своему убеждению, председательствующий может настоять на переголосовании, дабы принять нужное, по его мнению, решение. В смешанном суде позиции присяжных заседателей в той или иной мере выявляется в ходе самого хода совещания. Тайное голосование имеет смысл только в тех случаях, когда голосование осуществляется сразу после прений сторон без посредства совещания, при котором сохраняется полная конфиденциальность голосов участников коллегии. Такая процедура существовала в *дикастерии* Древних Афин,¹¹ а также существует в современном бразильском суде присяжных,¹² где присяжные голосуют без совещания.

Согласно п. 6 статьи 656 УПК РК бюллетени с ответами заседателей и судьи запечатываются в конверт, который хранится в уголовном деле. При этом законодатель не поясняет на каком этапе бюллетени с ответами запечатываются и имеют ли права стороны обзреть в присутствии присяжных оригиналы бюллетеней для того, чтобы удостовериться в соответствии бюллетеней результатам голосования суда, закрепленного в вопросном листе. В связи с тем, что законодатель не запрещает сторонам ознакомляться с содержанием бюллетеней,

¹⁰ См., например, Выступление Куркбаева А.Ж. на круглом столе 17 марта 2005 г. «Круглый стол» по обсуждению теоретических и практических вопросов, связанных с введением института суда присяжных в РК // Юрист № 4, 2005. С. 37.

¹¹ Дикастерия (δικαστήρια) являлась народным трибуналом в Древних Афинах и насчитывала обычно 501 народного судью, которые отбирались путем жребия из всех граждан Афин. См. например, *John P. Dawson. A History of Lay Judges.* Harvard University Press. 1960. P. 10-14.

¹² См. *Luiz Flávio Gomes and Ana Paula Zomer. The Brazilian Jury System* // Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal. Vol. 2001-2002. P. 76. Тайность голосования (o sigilo das votações) присяжных закреплена в Конституции Бразилии. См. *Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º XXXVIII (b).* URL: <http://www.consumidorbrasil.com.br/consumidorbrasil/textos/legislacao/cf.htm>.

адвокат может ходатайствовать перед председательствующим предоставить возможность обозреть бюллетени в суде. Это позволит сторонам убедиться в том, что решение суда соответствует результатам голосования судьи и заседателей.

Статья 657. Виды решений, принимаемых судом с участием присяжных заседателей

Смешанный суд может принять одно из видов решений: постановление о прекращении уголовного дела, обвинительный и оправдательный приговор. Оправдательный приговор выносится в случаях, когда смешанный суд дает отрицательный ответ хотя бы на один из трех основных вопросов, указанных в вопросном листе. В этой связи, важно, как указывалось в комментарии к предыдущей статье, ходатайствовать перед председательствующим предоставить возможность обозреть бюллетени в суде.

Статья 658. Постановление приговора

Статья 658 описывает обязательные элементы приговоров, постановленных на основе, так называемого вердикта. Примечательно, что казахстанский законодатель называет вердиктом решение смешанного суда в вынесении которого принимает участие профессиональный судья. В науке принято называть вердиктом решение о виновности или невиновности подсудимого принятое присяжными заседателями без участия профессиональных судей.¹³

Особый интерес для адвоката-защитника представляет собой содержание описательно-мотивировочной части обвинительного приговора. Адвокату следует обратить внимание на то, каким образом председательствующий описал преступное деяние, квалификацию содеянного, а также мотивы назначения наказания и обоснование решения суда в отношении гражданского иска. Отсутствие подробного описания тех или иных обязательных элементов обвинительного приговора должно служить основанием для обжалования приговора как необоснованного.

Статья 659. Прекращение рассмотрения уголовного дела в связи с установлением невменяемости подсудимого

Данная статья предусматривает право председательствующего без участия заседателей прекратить рассмотрение уголовного дела в случае, если суд установит невменяемость подсудимого, а также применить принудительные меры медицинского характера к невменяемому. Адвокату следует тщательно изучить вопрос будет ли признание его подзащитного в качестве невменяемого лучшим для него результатом. Если адвокат придет к выводу, что применение принудительных мер медицинского характера к подсудимому не будет в его лучших интересах, адвокату необходимо обязательно обжаловать данное решение председательствующего.

Статья 660. Особенности ведения протокола судебного заседания

Данная статья описывает особенности ведения и содержания протокола судебного заседания в смешанном суде. Примечательно, что согласно новой статье ст. 347-1 УПК РК введенной в действие с 1 января 2016 г., фиксирование хода судебного заседания осуществляется с помощью аудиозаписи. Хотя закон позволяет продолжение судебного заседания при невозможности использования аудио-, видеозаписи, тем не менее адвокату следует настаивать на фиксировании главного судебного разбирательства средствами аудио-,

¹³ См. подробно об отличиях института присяжных заседателей от института шеффенов или смешанных судов в трудах классиков российского уголовного процесса. *И.Я. Фойницкий*. Курс уголовного судопроизводства. В двух томах. Т. I. Санкт-Петербург. 1996. С. 113-140; *В. Случевский*. Учебник Русского уголовного процесса. С-Петербург. 1910. С. 189-201; *Н.Н. Розин*. Уголовное судопроизводство. Петроград. 1916. С. 132-172.

видеозаписи. Такая фиксация позволит стороне защите минимизировать случаи возможных манипуляций с протоколом судебного заседания.

Глава 69. ОСОБЕННОСТИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ПЕРЕСМОТРУ НЕ ВСТУПИВШИХ В ЗАКОННУЮ СИЛУ ПРИГОВОРОВ, ПОСТАНОВЛЕНИЙ ПО ДЕЛАМ, РАССМОТРЕННЫМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

Статья 661. Обжалование и опротестование не вступивших в законную силу приговоров и постановлений, вынесенных судом с участием присяжных заседателей

Данная статья носит отсылочный характер к главе 50 УПК РК, указывая на то, что обжалование и опротестование не вступивших в законную силу приговоров и постановлений смешанных судов осуществляется в соответствии с общими правилами обжалования, с определенными особенностями, установленными главой 69.

Статья 662. Особенности производства в апелляционной инстанции дел, рассмотренных судом с участием присяжных заседателей

Данная статья предусматривает исчерпывающий список оснований для отмены или изменения судебных решений смешанных судов, причем список оснований для отмены оправдательных приговоров является намного уже. Адвокату необходимо учитывать, что основаниями отмены приговора суда с участием присяжных заседателей как правило являются процессуальные нарушения. Таким образом, для того, чтобы избежать отмены оправдательного приговора адвокату необходимо четко выполнять требования закона. Вместе с тем, из практики судов с народным участием в некоторых странах известно, что работники прокуратуры совместно с судьями могут намеренно допускать процессуальные ошибки в ходе судебного разбирательства. Это делается для того, чтобы в случае оправдательного приговора иметь возможность обжаловать такой приговор. Вместе с тем, в этих же странах любая отмена приговора апелляционным судом будет рассматриваться в качестве отрицательного результата в отношении судьи, председательствующего по делу.

Таким образом, адвокату необходимо всегда напоминать в ходе судебного разбирательства, что в случае процессуальных нарушений приговор может быть обжалован или опротестован. В каждом случае нарушения процедуры, адвокату необходимо заявить возражения на действия стороны обвинения или суда и требовать фиксации этих нарушений в протоколе судебного заседания. Это позволит защитнику при вынесении обвинительного приговора ссылаться на нарушения процедуры. Кроме того, защитнику следует требовать от суда вынесения обоснованного решения по каждому ходатайству заявленного суду.

В апелляционной инстанции жалоба или протест на решения смешанного суда рассматривается судом в составе трех судей. Судьи апелляционного суда ограничены в своих полномочиях. За исключением полной отмены приговора, они не могут заменить оправдательный приговор обвинительным, а также обвинительный оправдательным. Однако, они могут изменить наказание в пользу осужденного, переквалифицировав преступление и снизив наказание. Вместе с тем, апелляционный суд не может увеличить наказание.

Одним из существенных недостатков законодательства и практики смешанного суда в Казахстане является отсутствие запрета на отмену оправдательных приговоров. Интервью с адвокатами и изучение апелляционной практики свидетельствует, что в Казахстане сложилась практика, при которой оправдательные приговоры суда с участием присяжных заседателей нередко отменяются по незначительным нарушениям уголовно-процессуального закона. Это объясняется рядом таких факторов, как отсутствие в казахстанском законодательстве доктрины незыблемости вердикта, которая существует в странах общего права; сложившаяся в судах политика по контролю за преступностью; а также

отсутствие в законодательстве и практике доктрины незначительной ошибки (*harmless error*). Концепция незначительной ошибки предполагает, что приговор суда может быть отменен только в том случае, если сторона, которая обжалует приговор сможет доказать апелляционному суду, не только сам факт нарушения правил уголовного судопроизводства, но и то, что это нарушение повлекло вынесение обжалуемого приговора.¹⁴

Статья 663. Отмена приговора с участием присяжных заседателей с направлением дела на новое судебное разбирательство

Данная статья позволяет сторонам требовать в апелляционной инстанции отмены приговора смешанного суда с направлением дела на новое судебное разбирательство в ином составе суда. Это означает, что ни председательствующий ни один из заседателей, участвовавших ранее по данному делу не могут вновь участвовать по тому же делу в новом судебном разбирательстве.

Глава 70. ОСОБЕННОСТИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ПЕРЕСМОТРУ ВСТУПИВШИХ В ЗАКОННУЮ СИЛУ ПРИГОВОРОВ, ПОСТАНОВЛЕНИЙ ПО ДЕЛАМ, РАССМОТРЕННЫМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

Статья 665. Пересмотр вступивших в законную силу приговоров и постановлений суда с участием присяжных заседателей в кассационном порядке

Данная статья позволяет пересматривать приговоры смешанного суда, вступивших в законную силу в кассационном порядке. Данный пересмотр может быть сделан только в пользу и интересах осужденного.

Статья 666. Недопустимость ухудшения положения, осужденного при пересмотре в кассационном порядке вступившего в законную силу приговора, постановления суда с участием присяжных заседателей

Данная статья означает, что законодатель предусматривает запрет на дальнейший пересмотр приговоров вступивших в законную силу в сторону ухудшения положения осужденного, а также оправданного. Как уже говорилось выше представляется, что данная норма должна быть также введена и в отношении апелляционного обжалования и опротестования.

Март, 2017

¹⁴ Например, дело Бектемиса Айтбаева, который был трижды судим и трижды оправдан разными составами суда с участием присяжных в Уральске. Западно-Казахстанский областной суд дважды отменял оправдательный приговор, однако в третий раз оставил приговор без изменений.