

**ГОЛОВКО Л.В.**  
**доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса,  
правосудия и прокурорского надзора юридического факультета  
Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова,  
член Консультативного совета Центра исследования правовой политики**

**Аналитическая записка  
по вопросу о развитии института судебного контроля за предварительным  
следствием и дознанием в Республике Казахстан<sup>1</sup>**

**Предмет анализа**

Учитывая, что судебный контроль за деятельностью органов предварительного следствия и дознания есть многогранное и многоаспектное понятие, существующее в самых разнообразных и дополняющих друг друга формах, здесь нас будет интересовать только так называемый «предварительный судебный контроль», под которым понимаются такие уголовно-процессуальные механизмы, когда решение об ограничении в необходимых случаях в ходе досудебной деятельности фундаментальных прав и свобод личности (право на свободу, право на неприкосновенность жилища, частной жизни и т.д.) принимается судьей или судом. Обращаем также внимание, что мы не видим с точки зрения данного анализа принципиальной разницы между собственно уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельностью, поэтому все выводы, касающиеся ограничения фундаментальных прав и свобод в ходе дознания и предварительного следствия, в полной мере распространяются *mutatis mutandis*<sup>2</sup> и на их ограничение в ходе оперативно-розыскных мероприятий.

При этом данный анализ не является попыткой представить нашу личную точку зрения на достоинства и недостатки «предварительного судебного контроля» сами по себе или в сравнении с достоинствами и недостатками иных видов контроля и надзора за органами предварительного следствия и дознания (прежде всего, прокурорского надзора и ведомственного контроля). Полемическое обсуждение достоинств и недостатков предварительного судебного контроля видится нам *преждевременным* и, быть может, даже бессмысленным - оно имеет смысл только в том случае, если мы выясним, что наличие и отсутствие предварительного судебного контроля есть две равноценные возможности (два варианта) развития отдельно взятой современной уголовно-процессуальной системы, в данном случае - системы казахстанской, в одинаковой мере соответствующие фундаментальным конституционным и международно-правовым ценностям. В такой ситуации имеет смысл обсуждать, какой из вариантов является более предпочтительным с технической точки зрения, оценивать их достоинства и недостатки и т.д. Если же для нас

---

<sup>1</sup> Настоящая аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ).

<sup>2</sup> Понятно, что оперативно-розыскная деятельность не совместима с ограничениями физической свободы лица (содержание под стражей и т.д.), однако в остальных случаях нет никаких существенных различий между, например, прослушиванием телефонных переговоров в ходе оперативно-розыскной деятельности и в ходе предварительного расследования, поэтому развитие института судебного контроля должно здесь происходить «параллельно».

станет ясно, что выбора нет, поскольку предварительный судебный контроль представляет собой не сравнительно-правовой вариант технического решения соответствующих уголовно-процессуальных проблем, а ценностный императив, достижение которого неизбежно в любой развитой правовой системе, то к чему тогда входить в полемику о его достоинствах и недостатках? В этом смысле, например, можно найти сколь угодно много недостатков в деятельности судов по рассмотрению уголовных дел по существу, однако никому на этом основании не приходит в голову отрицать принцип осуществления правосудия только судом или настаивать на передаче соответствующих функций в МВД или прокуратуру.

Таким образом, настоящий анализ посвящен вопросу о том, является ли предварительный судебный контроль в современных условиях лишь одним из возможных сравнительно-правовых подходов, могущих существовать наряду с другими подходами, или он представляет собой абсолютный императив для любого современного государства, претендующего на звание правового. Данную проблему мы проанализируем как *de lege ferenda*, попытавшись выяснить теоретическую природу предварительного судебного контроля, так и *de lege lata* для казахстанской правовой системы, т.е. с точки зрения действующего казахстанского конституционного правопорядка, ключевыми элементами которого являются Конституция Республики Казахстан (в редакции Закона от 21 мая 2007 г.) и Международный пакт о гражданских и политических правах, ратифицированный Казахстаном, относящийся к его «действующему праву», имеющий приоритет над законами и применяемый непосредственно (ч. 1 ст. 4 Конституции РК).

### **Теоретические основы предварительного судебного контроля**

Вопрос о том, является или не является предварительный судебный контроль за несудебной уголовно-процессуальной деятельностью императивом для любой современной правовой системы, не может, разумеется, оцениваться ни с точки зрения персональных качеств отдельных судей, прокуроров или милиционеров, ни с точки зрения их профессионализма, ни с точки зрения эффективности борьбы с преступностью. Персональные качества или профессионализм судей или прокуроров есть фактор не правовой, а социологический: он должен учитываться для оптимизации состава судейского или прокурорского корпуса, но не должен служить критерием для построения уголовно-процессуальной системы, поскольку отдельно взятый прокурор может по своим качествам превосходить отдельно взятого судью (и наоборот), но это никак не влияет на распределение между ними функциональных обязанностей, поскольку правовое регулирование имеет дело с абстрактным идеальным судьей и абстрактным идеальным прокурором, а не с конкретными людьми. Что касается эффективности борьбы с преступностью, то если исходить только из нее, то можно вообще прийти к отрицанию всяких гарантий прав личности, поскольку они по определению затрудняют собирание доказательств и уголовное преследование того или иного лица.

Оценка теоретического значения предварительного судебного контроля на сегодняшний день имеет совершенно другие корни. Она связана с идеей разграничения *возложенных на государственные органы* уголовно-процессуальных функций, что в свою очередь является отражением на более частном уголовно-процессуальном уровне общей идеи разделения властей, закрепленной в ч. 3 ст. 3 Конституции РК. Если идея разделения властей есть, как известно, попытка предотвратить возможность сосредоточения в одних руках всей полноты государственной власти, уголовно-процессуальное регулирование также стремится к тому же самому, но на своем, более локальном, уровне. Вся уголовно-процессуальная государственная деятельность по своей юридической природе делится на деятельность полицейскую, прокурорскую и судебную. Полицейская и прокурорская деятельность являются в той или иной степени реализацией на уголовно-процессуальном уровне функций исполнительной власти, направленных на осуществление уголовного преследования лиц, преступивших уголовный закон. При этом, конечно, между полицейской и прокурорской деятельностью также есть принципиальные различия, в силу чего правовой статус

прокурора значительно превышает правовой статус полицейского, однако эти различия выходят за рамки данного анализа. Поэтому мы далее будем говорить о «полицейско-прокурорской деятельности» как о едином целом, противопоставляя ее деятельности судебной. Последняя является отражением в уголовном процессе функций судебной власти, с одной стороны, направленных на разрешение любых правовых споров, а с другой - на защиту индивидуальных прав и свобод, в том числе от действий государства в лице представителей его исполнительной власти. В такой ситуации **любое государство**, не отрицающее на конституционно-правовом уровне концепцию разделения властей и пытающееся с помощью правовых методов противодействовать чрезмерному сосредоточению властных полномочий в руках каких-либо органов или должностных лиц, не может не смотреть на уголовно-процессуальную деятельность иначе как через призму разделения властей в виде разделения уголовно-процессуальных функций.

Является ли Казахстан в этом смысле исключением? Разумеется, нет. Для этого достаточно взглянуть на уже процитированную нами ч. 4 ст. 3 Конституции РК. Существует ли в Казахстане какой-то особый теоретический взгляд на соотношение исполнительной и судебной властей или на природу власти судебной? Также нет - Казахстан в этом смысле придерживается вполне традиционной концепции. Так, согласно ч. 1 ст. 76 Конституции РК, «судебная власть осуществляется от имени Республики Казахстан и имеет своим назначением защиту прав, свобод и законных интересов граждан и организаций...». Более того, в соответствии с ч. 2 ст. 76 Конституции РК «судебная власть распространяется *на все дела и споры* (курсив наш), возникающие на основе Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров Республики». Быть может, в Казахстане существует какое-то особое понимание прокуратуры, в результате чего казахстанский термин «прокуратура» не следует воспринимать буквально, т.е. в традиционном смысле, поскольку прокуратура считается здесь носителем судебной власти? На этот вопрос также следует дать отрицательный ответ, так как ч. 1 ст. 83 Конституции РК, определяя функции прокуратуры, ничего не говорит о «разрешении» всех или хотя бы части «дел и споров, возникающих на основе Конституции» и т.д. Иными словами, полномочия судов и прокуратуры в Казахстане, как и во всех других странах, не совпадают, имея совершенно различную природу.

В такой ситуации в Казахстане, как и в любой другой стране, теоретическое построение уголовно-процессуальной деятельности должно учитывать концепцию разделения властей и вытекающие из нее особую природу и роль судебной власти, которую ни при каких условиях не может подменять власть исполнительная. Иными словами, между прокурорско-полицейской и судебной деятельностью в уголовном процессе имеется или в идеале должна иметься принципиальная разница, и подменять друг друга они не могут. В более конкретной плоскости это проявляется, *во-первых*, в том, ни полиция, ни прокуратура не должны обладать по общему правилу полномочиями по применению мер уголовно-процессуального принуждения, поскольку их применение связано с ограничением прав личности и является исключительной прерогативой судебной власти. Единственным исключением служит право полиции произвести кратковременное полицейское задержание лица по подозрению в совершении преступления в условиях, не терпящих отлагательств, причем срок такого задержания может исчисляться лишь часами. Прокурор в этом случае также иногда вправе продлевать срок задержания, но опять-таки всего на несколько часов. Данное исключение объясняется лишь тем, что между пресечением представителями исполнительной власти нарушений закона в ходе осуществления ими функций по поддержанию общественного порядка и реальной возможностью доставить задержанное лицо в суд неизбежно существует фактический интервал времени, дающий право на кратковременное задержание. Именно по этой причине такое задержание может исчисляться лишь часами, а не неделями и месяцами, поскольку, скажем, нескольких десятков часов вполне достаточно, чтобы в условиях любого государства, невзирая на его территорию, расстояния, климат и т.д., прибыть в ближайший суд, где судебная власть и решает вопрос о применении одной из мер процессуального принуждения на регулярной основе. По этой же причине кратковременное задержание считается по своей юридической

природе мерой полицейской, тогда как длительное заключение под стражу - судебной. Во-вторых, исходя из функций судебной власти, ясно, что только она, обладая исключительной монополией на разрешение всех споров и дел, связанных с индивидуальными правами и свободами, вправе данные права ограничивать даже в тех случаях, когда такое ограничение затрагивает не физическую свободу лица, а иные его права и свободы - право на неприкосновенность жилища, частной жизни и т.д. Отсутствие такого права у полиции или прокуратуры означает отнюдь не недоверие к этим органам, а отражение на уголовно-процессуальном уровне концепции разделения властей и понимание особой роли судебной власти как хранительницы прав и свобод. Естественно, что отход от данных принципов может иметь место лишь в исключительных ситуациях (обыск в жилище в случаях, не допускающих промедления, или личный обыск при задержании и т.д.) при условии создания процессуальных механизмов, восстанавливающих *status quo* и подтверждающих судебный характер соответствующих процедур (незамедлительное представление в суд результатов безотлагательного обыска и т.д.).

Анализ теоретических основ предварительного судебного контроля показывает *de lege ferenda*, что его закрепление может рассматриваться в качестве лишь одного из альтернативных возможных вариантов выбора механизма контроля и надзора за ограничением прав личности в досудебных стадиях уголовного процесса и обсуждаться на этом уровне только в том случае, если одновременно обсуждается целесообразность или нецелесообразность для того или иного государства разделения властей, разграничения полномочий исполнительной и судебной власти и т.д. Иными словами, если отдельно взятое государство считает возможным полное отрицание разделения властей в конституционно-правовом плане, то вполне логично отрицание этой теории и в плане уголовно-процессуальном. Но тогда под сомнение должен быть поставлен не только предварительный судебный контроль, но и, допустим, принцип осуществления правосудия только судом, поскольку для него также не остается никаких теоретических оснований. Вряд ли для современного цивилизованного общества такого рода полемика уместна и продуктивна.

Учитывая изложенное, ясно, что предварительный судебный контроль является *универсальным императивом* для всех государств с современной конституционной формой правления, опирающейся на автономию законодательной, исполнительной и судебной властей, что неизбежно приводит на уголовно-процессуальном уровне к разграничению, с одной стороны, прокурорско-полицейской, а, с другой стороны, судебной деятельности. Ограничение индивидуальных прав и свобод не может не быть исключительной прерогативой судебной власти и входить в компетенцию прокурорско-полицейских органов по тем же причинам, по которым не может входить в их компетенцию рассмотрение уголовных или гражданских дел по существу. В такой ситуации полемика по поводу целесообразности или нецелесообразности предварительного судебного контроля не имеет ни малейшего смысла. Обсуждать можно лишь реальное соответствие судей и судов той или иной страны понятию «судебной власти», обязательным атрибутом которой, как известно, является подлинная независимость, или необходимость создания специальных уголовно-процессуальных механизмов, исключающих участие судьи, осуществлявшего судебный контроль, в разрешении уголовного дела по существу и т.д.<sup>3</sup> Однако, данные проблемы выходят за рамки настоящего анализа. Здесь же нам остается выяснить, отражены ли приведенные концептуальные идеи в действующем казахстанском праве, имея в виду Конституцию РК и Международный пакт о гражданских и политических правах, ратифицированный Казахстаном, или для Казахстана речь идет лишь о перспективах развития его правовой системы *de lege ferenda*?

---

<sup>3</sup> Такие механизмы прекрасно известны со сравнительно-правовой точки зрения.

## Международный пакт о гражданских и политических правах

Проблема оценки заложенных в Международном пакте о гражданских и политических правах правовых идей несколько осложняется тем, что этот фундаментальный международно-правовой акт разрабатывался и принимался в эпоху противостояния двух антагонистических идеологических систем, одна из которых (социалистические страны) отрицала многие современные правовые ценности, в том числе разделение властей, особый характер судебной власти, предварительный судебный контроль и т.д. Именно по этой причине Международный пакт, будучи документом компромиссного характера, содержит немало достаточно «аморфных» формулировок, избегающих указания на конкретные правовые механизмы и отсылающих к национальному «закону». В такой ситуации многие положения Международного пакта не могут толковаться упрощенно и буквально, требуя более глубокого осмысления заложенного в них правового смысла, с учетом, в частности, правовых позиций Комитета по правам человека ООН.

Если перейти к более конкретному вопросу о том, в какой мере Международный пакт возлагает на ратифицировавшие его страны обязанность придерживаться системы «предварительного судебного контроля» в досудебных стадиях уголовного процесса, то здесь надо четко отделить друг от друга судебный контроль за мерами уголовно-процессуального принуждения, ограничивающими физическую свободу лица, имея, прежде всего, в виду заключение под стражу (ст. 9 Международного пакта), и судебный контроль за действиями, ограничивающими право на неприкосновенность жилища, тайны корреспонденции, частной жизни (ст. 17 Международного пакта).

Что касается содержания под стражей, то обязательность предварительного судебного контроля прямо вытекает из текста ч. 3 ст. 9 Международного пакта, где сказано, что «каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо *в срочном порядке* (курсив наш) доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть...».<sup>4</sup> В данном случае имеется в виду описанная нами выше стандартная ситуация, когда полиция или прокуратура вправе применять лишь при наличии соответствующих оснований кратковременное задержание подозреваемого, тогда как длительное содержание под стражей допускается исключительно на основании судебного решения. Данная идея раскрывается также в ч. 4 ст. 9 Международного пакта, предусматривающей, что «каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог *безотлагательно* (курсив наш) вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно».

Ясно, что Международный пакт обязывает все ратифицировавшие его государства, в том числе Республику Казахстан, обеспечить такой механизм заключения под стражу в качестве меры пресечения, когда соответствующее решение принимается судом или иным представителем судебной власти. Ясно также, что казахстанские органы прокуратуры не могут рассматриваться в качестве «должностных лиц, имеющих по закону право осуществлять судебную власть», так как согласно ч. 1 ст. 83 Конституции РК к их компетенции не относятся функции судебной власти, названные в ст. 76 Конституции РК.

Что касается действий, ограничивающих право на неприкосновенность жилища, тайны корреспонденции и частной жизни, то по приведенным выше причинам в ст. 17 Международного пакта прямо не говорится о том, что данные действия могут осуществляться исключительно на основании судебного решения. Однако на обязательность здесь эффективного судебного контроля неоднократно указывал, в том

---

<sup>4</sup> Здесь и далее мы цитируем текст Международного пакта о гражданских и политических правах на русском языке, размещенный на официальном сайте ООН по адресу: [www.un.org](http://www.un.org).

числе в последние годы, Комитет по правам человека ООН.<sup>5</sup> В такой ситуации эффективный судебный контроль давно уже рассматривается в качестве одного из обязательных условий соблюдения государствами ст. 17 Международного пакта.

При этом совершенно очевидно, что эффективным судебным контролем может быть в данном случае *только контроль предварительный*, поскольку ограничение прав, гарантированных ст. 17 Международного пакта, всегда происходит **тайно**, иначе оно вообще не имеет смысла. Следовательно, лицо, чьи права ограничены, об этом ничего не знает и не может, допустим, обратиться с жалобой в суд. Из этого вытекает, что закрепленное в казахстанском уголовно-процессуальном законодательстве право участников процесса обжаловать в суд действия следователя, дознавателя, прокурора не может считаться эффективным средством судебного контроля там, где идет речь о правах, гарантированных ст. 17 Международного пакта.

Таким образом, Международный пакт о гражданских и политических правах *прямо обязывает* Республику Казахстан придерживаться предварительного судебного контроля за применением мер пресечения, ограничивающих физическую свободу человека, когда только суд вправе применять решение о применении данных мер. В отношении других фундаментальных прав человека, ограничиваемых в ходе уголовного судопроизводства и не связанных с физическим лишением свободы, Международный пакт требует наличия эффективного судебного контроля, которым, как мы выяснили, также может являться только контроль предварительный.

Остается добавить, что подобное и, надо признать, общепризнанное ныне понимание ст. 9 и ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах вкупе с положениями ч. 3 ст. 4 Конституции РК, которые мы выше уже цитировали, уже сейчас заставляют усомниться в **конституционности** действующих казахстанских правовых норм, согласно которым соответствующие уголовно-процессуальные действия и оперативно-розыскные мероприятия санкционируются не судом, а прокуратурой.

### **Конституция Республики Казахстан**

В действующей редакции Конституции РК, как и в Международном пакте о гражданских и политических правах, наиболее четко и недвусмысленно проблема предварительного судебного контроля решена применительно к аресту (содержанию под стражей) как самому существенному из возможных ограничений индивидуальных прав и свобод в ходе досудебного производства. Так, ч. 2 ст. 16 Конституции ныне гласит, что «арест и содержание под стражей допускается... лишь с санкции суда... Без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более 72 часов». Действующая редакция данной конституционной нормы, исключив упоминание о возможности прокурорского санкционирования ареста, вполне соответствует изложенным выше теоретическим подходам, проводящим четкий водораздел между полицейским кратковременным задержанием и судебным арестом.

Что касается иных конституционных прав личности, ограничиваемых в ходе уголовного судопроизводства (право на неприкосновенность жилища, тайну переписки, частной жизни и т.д.), то ст. 18 и 25 Конституции РК по-прежнему не упоминают здесь о судебном санкционировании и ссылаются лишь на «порядок, установленный законом», взяв, видимо, на вооружение формулировки Международного пакта о гражданских и политических правах, объясняемые, как мы уже отмечали, внешнеполитическими перипетиями 60-х годов XX века. Единственным исключением является ч. 3 ст. 26 Конституции, упоминающая о

---

<sup>5</sup> См. список вопросов, поставленных им перед Албанией 13 августа 2004 г. (81-я сессия КПЧ ООН), или замечания по докладу Гонконга, высказанные в ходе 86-й сессии КПЧ ООН (13 - 31 марта 2006 г.), и др.

невозможности лишения имущества «иначе как по решению суда», что непосредственно затрагивает такую меру уголовно-процессуального принуждения как наложение ареста на имущество.

Означает ли это, что ст. 18 и 25 Конституции РК оставляют законодателю возможность не предусматривать «законом» судебное санкционирование уголовно-процессуальных действий и оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих гарантированные данными статьями конституционные права? На этот вопрос следует дать отрицательный ответ. *Во-первых*, такой ответ основан на нынешнем толковании ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах. С учетом того, что речь идет о «действующем» праве РК (ч. 1 ст. 4 Конституции), было бы странно если бы ст. 18 и 25 Конституции РК толковалась бы иначе, нежели толкуется ст. 17 ратифицированного Казахстаном Международного пакта в аспекте «эффективного судебного контроля» (см. выше). Такое противоречие нельзя было бы объяснить ни теоретически, ни практически. *Во-вторых*, такой ответ вытекает из сопоставления ст. 18 и 25 Конституции РК со ст. 26 данной Конституции. Если исходить из того, что судебный контроль не обязателен при ограничении фундаментальных конституционных прав личности, гарантированных ст. 18 и 25 Конституции, но при этом он обязателен при ограничении или лишении имущественных прав, гарантированных ст. 26 Конституции, то мы неизбежно приходим к парадоксальному и даже *циничному* выводу о том, что собственность и имущество защищены в Казахстане более надежно, чем человек с его правами и свободами. Однако, как такой вывод сочетается с иерархией ценностей, провозглашенной в Казахстане как «социальном» государстве? По крайней мере, наиболее фундаментальная и даже программная конституционная норма, закрепленная в ч. 1 ст. 1 Конституции, гласит, что Республика Казахстан «утверждает себя... социальным государством», высшей ценностью которого являются «человек, его жизнь, права и свободы», а не, допустим, движимое и недвижимое имущество, дачи, виллы, дворцы и т.д., и т.п. В такой ситуации и с учетом ч. 1 ст. 1 Конституции РК, ст. 18 и 25 данной Конституции просто-напросто не могут содержать меньшие гарантии (пусть и имплицитно), чем содержит ее ст. 26, где прямо указано на «решение суда». Иначе говоря, никакого «поля для маневра» законодателю они также не оставляют.

## Вывод

1. Содержащиеся в Международном пакте о гражданских и политических правах положения с учетом их толкования Комитетом по правам человека ООН не оставляют сомнений, что Республика Казахстан, для которой речь идет о действующем праве, имеющем приоритет перед законами и применяемом непосредственно, обязана обеспечить на законодательном уровне механизм судебного санкционирования действий и решений, ограничивающих права, гарантированные ст. 9 и 17 указанного Международного пакта.

2. Содержащиеся в ст. 16, 18 и 25 Конституции РК положения сами по себе и в их сопоставлении с другими конституционными нормами также не оставляют сомнений в том, что права, гарантированные названными статьями Конституции, могут быть ограничены в ходе уголовного судопроизводства и оперативно-розыскной деятельности лишь на основании судебного решения.

Январь 2009 г.