

БАНЧУК О.
кандидат юридических наук,
эксперт ОФ «Центр исследования правовой политики»

Комментарии
к проекту Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений
в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам
совершенствования деятельности органов прокуратуры»¹

Необходимость совершенствования деятельности прокуратуры вытекает из значительного количества положений Концепции реформирования правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 годы, утвержденной Указом Президента от 24 августа 2009 года. Поэтому следует приветствовать попытки органов власти республики подготовить проект закона с целью повышения эффективности деятельности прокуратуры. По мнению автора, нужно проанализировать предложенные в проекте закона положения на их соответствие требованиям Конституции, международных стандартов защиты прав человека, европейским тенденциям развития института прокуратуры. Важно также увидеть, насколько содержание законопроекта отвечает заявленным целям проекта.

Конституция Республики Казахстан 1995 года содержит отдельную статью 83, которая определяет статус прокуратуры. В ней исчерпывающе перечислены полномочия прокуратуры. Но в проекте закона нарушены эти конституционные требования путем значительного расширения полномочий органов прокуратуры (изменения в статью 4 Закона «О прокуратуре»). Хотя некоторые дополнительные полномочия (например, надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, законных интересов юридических лиц и государства, за законностью применения законов о рассмотрении обращений физических и юридических лиц и надзор за применением законов в сфере международного правового сотрудничества) обоснованно могут считаться частями основного конституционного полномочия прокуратуры по высшему надзору за точным и единообразным применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов на территории республики, возникает вопрос по поводу качества нормотворческой техники в статье 4 Закона «О прокуратуре». Ведь здесь перечисляются далеко не все сферы общественной жизни, где может осуществляться высший надзор. Поэтому, с точки зрения правил нормотворчества, подобную неполную детализацию сфер надзора нужно упразднить, дополнить всеми возможными сферами надзора или оставить только общую формулировку о надзоре.

В то же время предусмотренная проектом функция участия прокуратуры в нормотворческой деятельности государственных органов выходит за рамки конституционного полномочия по высшему надзору за «применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов на территории Республики». Поскольку в Конституции нигде не идет речь о надзоре за «созданием» нормативных актов.

¹ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Freedom House. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией Freedom House и отражают авторскую точку зрения.

Также считаем, что предоставление проектом закона возможности «осуществлять иные функции, определенные законодательством Республики Казахстан» противоречит конституционным требованиям. В статье 83 Основного закона перечень полномочий прокуратуры закрытый, и он не может изменяться или дополняться обычным законом. В ином случае налицо будет факт присвоения власти, запрещенное частью третьей статьи 3 Конституции Республики Казахстан.

Не согласовываются с Конституцией и изменения статьи 19 Закона «О прокуратуре» о возможности опротестования законов. В разделе VI «Конституционный совет» предусмотрена только одна (предварительная) форма контроля конституционности принятых Парламентом законов. Прокуратура в указанной процедуре не принимает участия. А в статье 83 Основного закона прокуратура наделяется полномочием опротестовывать законы и другие правовые акты, противоречащие Конституции и законам республики. Скорее всего, речь идет о контроле *post factum*. В обоснование законопроекта указывается, что необходимость законодательного урегулирования конституционного полномочия по опротестованию законов подтверждено Конституционным Советом в постановлении от 6 марта 1997 года № 3 «Об официальном толковании пункта 1 статьи 4, пункта 1 статьи 14, подпункта 3) пункта 3 статьи 77, пункта 1 статьи 79 и пункта 1 статьи 83 Конституции Республики Казахстан» и в послании «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» от 23 июня 2008 года № 09-6/1.

В то же время возникают возражения по поводу предложенной законопроектом процедуры опротестования законов. Генеральный прокурор уполномочивается вносить Президенту республики протест на определенный закон. Но глава государства не может единолично отменять законы, поскольку такое полномочие отсутствует в статье 44 Конституции. И Парламент в этом процессе не может быть надлежащим субъектом, которому будут вноситься протесты прокуратуры. Он только имеет возможность принять новый закон и направить его на подпись Президенту.

Из этого вытекает, что опротестование законов не вкладывается в рамки системы сдержек и противовесов, предусмотренной статьей 3 Конституции Республики Казахстан.

Еще одной проблемой анализируемой процедуры является то, что предложено опротестовывать законы в связи с их противоречием не только положениям Конституции, но и иным законам. Но в случае противоречий между положениями законов налицо коллизия правовых норм, которая на практике должна решаться с помощью принципа *lex specialis* (специальная норма имеет приоритет перед общей нормой) или *lex posterior* (норма, принятая позднее, имеет приоритет перед нормой, принятой раньше). Поэтому применение института прокурорского протеста становится нецелесообразным.

Международные стандарты защиты прав человека закреплены в Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года и развиты в практике Комитета по правам человека. Указанные международные нормы ратифицированы Республикой Казахстан и являются частью национального законодательства в силу статьи 4 Конституции. Так, статья 17 международного пакта гарантирует свободу от произвольных или незаконных вмешательств в личную и семейную жизнь, посягательств на неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции. Ограничение указанных личных прав, возможно, только вследствие предварительного судебного контроля.² Для имплементации международных стандартов необходимо внести соответствующие изменения в Уголовно-процессуальный кодекс и Закон «Об оперативно-розыскной деятельности». Но полноценное приведение казахстанского законодательства в соответствие с международными обязательствами в этой сфере произойдет только после изменений в деятельности прокуратуры.

² Аналитическая записка Центра исследования правовой политики по вопросу о развитии института судебного контроля за предварительным следствием и дознанием в Республике Казахстан. URL: http://lprc.kz/ru/index.php?option=com_content&task=view&id=97.

Если предварительный судебный контроль будет внедрен только в процессе расследования уголовных дел и проведения оперативно-розыскных мероприятий, то проведение прокурорских проверок в порядке осуществления надзора станет своеобразной «лазейкой» для правоприменителей и превратит такие проверки в параллельный «уголовный» процесс. В таком случае вместо начала уголовного преследования и необходимости обращения в суд для получения санкций на ограничение личных свобод лиц прокуроры будут инициировать проверки, беспрепятственно выявлять и фиксировать необходимые факты. В дальнейшем эти факты смогут быть по-новому процессуально закреплены в рамках уголовного дела.

Законопроект расширяет сферы надзора прокуратуры и, соответственно, расширяет возможности проведения проверок. Это делает еще более проблематичным реализацию международных норм по защите прав человека. Создается ситуация, когда органы власти (в том числе прокуратура) будут действовать согласно национальному закону, но в нарушение личных прав, гарантированных международным правом.

Во избежание подобных нарушений необходимо максимально ограничить сферы надзора или же кардинально изменить содержание надзорной деятельности, во время которой не смогут ограничиваться права лиц на свободу от вмешательства в личную и семейную жизнь, от посягательств на неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции.

Европейские тенденции развития института прокуратуры отражены в Рекомендации Парламентской Ассамблеи Совета Европы 1604 (2003) «О роли прокуратуры в демократическом обществе, основанном на верховенстве права» от 2003 года.³ В пункте 6 Рекомендации ПАСЕ выражается озабоченность по поводу соответствия основным принципам отдельных функций прокуратуры, в том числе осуществление органами прокуратуры разнообразных функций, которые не относятся к сфере уголовного права. Исходя из этого, ассамблея предлагает правительствам государств - членов Совета Европы в части исполнения «неуголовных» полномочий следующие рекомендации:

- какие-либо полномочия прокурора по общей защите прав человека не должны приводить к каким-либо конфликтам интересов или отталкивать лиц, которые добиваются защиты своих прав со стороны государства;

- эффективное разделение ветвей власти нужно соблюдать в случаях придания прокуратуре дополнительных функций при полной независимости органов прокуратуры от вмешательства на уровне индивидуальных дел со стороны любой ветви государственной власти;

- полномочия и функции прокуроров следует ограничивать сферой преследования лиц, виновных в совершении уголовных правонарушений, и решения общих задач по защите интересов государства через систему отправления уголовного правосудия, а для выполнения каких-либо иных функций нужно учреждать отдельные, надлежащим образом размещенные и эффективные органы.

Именно поэтому в рамках Совета Европы принята только одна Рекомендация Комитета Министров государств-членов, которая имеет силу «мягкого права» (soft law) и касается лишь деятельности прокуроров в уголовном правосудии. Речь идет о Рекомендации Rec(2000)19 о роли прокуроров в системе уголовной юстиции от 6 октября 2000 года.⁴

Сказанное выше подтверждает тенденцию ограничения компетенции органов прокуратуры в странах Европы. Основная ценность прокуратуры для демократического общества состоит в

³ URL: <http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta03/erec1604.htm>

⁴ URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=376859&Site=COE>

том, что это - единственный орган, уполномоченный на уголовное преследование подозреваемых и обвиняемых лиц. Увеличение количества функций непременно будет отвлекать от этого основного предназначения прокуратуры и вставать на пути эффективного исполнения основного полномочия.

Прокуратура могла качественно осуществлять высший надзор за всеми сферами общественной жизни и выступать «оком государевым» только в минувших столетиях. В нынешнее время стремительного и быстрого развития техники, экономики и всего общества утопически выглядит требование к одному органу власти надзирать за законностью во всех сферах. Намного качественнее эту роль могут исполнять различные инспекционные органы, которые государство может создавать для проверки законности в деятельности частных лиц в определенных отраслях (строительство, дорожное движение, сельское хозяйство и т.д.). Тем более Конституционный Совет подтвердил, что нет конституционных ограничений по наделению государственных органов, в пределах их компетенции, контрольными и надзорными полномочиями. То есть надзорные полномочия могут возлагаться и на иные, кроме прокуратуры, государственные органы (пункт 2.2 Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года).

В то же время в демократическом государстве прокуратура, как и любой другой несудебный орган, не должна осуществлять надзор за судом, поскольку это противоречило бы принципу разделения властей. Положения проекта (в равной степени как и действующих законов) о праве прокурора истребовать из суда дело и опротестовывать решения суда не соответствуют сразу двум европейским стандартам, изложенным в Заключении № 3 (2008) Консультативного совета европейских прокуроров «О роли прокуратуры за пределами сферы уголовного права» от 18 декабря 2008 г.⁵ Во-первых, действуя в неуголовных процессах, прокуроры должны иметь те же права и обязательства, что и любая другая сторона и не могут занимать привилегированную позицию в судебном процессе. Во-вторых, действия прокурора в целях защиты публичного интереса в неуголовных делах не должны нарушать принципа обязательности окончательного судебного решения (*res judicata*) с некоторыми исключениями, установленными в соответствии с международными стандартами, включая практику Европейского суда по правам человека.

Но эксклюзивное право прокурора опротестовывать судебные решения не подпадает под такие исключения. Более того, Европейский суд по правам человека в деле «Брумареску (Brumarescu) против Румынии»⁶ признал пересмотр судебных решений в порядке надзора противоречащим требованиям принципа верховенства права и статьи 6 Конвенции о защите прав человека и фундаментальных свобод. Эта позиция стала прецедентной для многих других постановлений против государств постсоветского пространства, в которых сохранялся такой вид пересмотра. Возможность пересмотра окончательного судебного решения, вступившего в законную силу, на протяжении неопределенного времени противоречит принципу юридической определенности. А зависимость права на обжалование судебного решения от реализации дискреционных полномочий должностных лиц, некоторые из которых могли быть или стать стороной (прокурор), а другие - судьями по делу, нарушает принципы равенства сторон и беспристрастности суда.

Законопроект (изменения в Гражданский процессуальный кодекс) предусматривает расширение круга гражданских дел, в которых участие прокурора является обязательным, за счет дел, «возбужденных по инициативе прокурора, затрагивающих интересы государства, о восстановлении на работе, о взыскании заработной платы, выселении

⁵ Opinion No.3 (2008) of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) on the "Role of prosecution services outside the Criminal Law Field". URL: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1608160&SecMode=1&DocId=1609216&Usage=2>.

⁶ URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=14746&sessionId=29733897&skin=hudoc-en&attachment=true/>

гражданина из жилища без предоставления другого жилого помещения, о возмещении ущерба, причиненного жизни и здоровью».

Что касается дел, затрагивающих интересы государства, то участие прокурора может быть целесообразным только в случае, когда соответствующий государственный орган, предприятие или учреждение ненадлежащим образом защищают интересы государства. Иначе участие прокурора можно расценивать как нарушение принципов равенства сторон и независимости суда. Это следует из решения Европейского суда по правам человека в деле «Менчинская против России»⁷. Так, в деле по иску Анны Менчинской к Центру занятости о взыскании задолженности по выплате пособия по безработице на стадии апелляционного обжалования решения выступил прокурор. При этом позиция прокурора совпала с позицией центра занятости. Европейский суд счел, что, «хотя прокурор городской прокуратуры ... в соответствии с внутренним законодательством имел юридические основания вступить в процесс, данное дело не представляло каких-либо особых обстоятельств, оправдывающих его вмешательство», «простое повторение аргументации Центра занятости по правовым вопросам со стороны прокурора, если только оно не было направлено на воздействие на суд, кажется бессмысленным» (п. 37-38 постановления). Таким образом, Европейский суд признал в этом деле нарушение требований справедливости судебного разбирательства и принципа равенства сторон.

Участие прокурора либо в интересах истца, либо в интересах ответчика в делах о восстановлении на работе, о взыскании заработной платы, о выселении гражданина из жилища без предоставления другого жилого помещения, о возмещении ущерба, причиненного жизни и здоровью, также, на наш взгляд, будет нарушать принцип равенства сторон. Речь идет о случаях, когда он будет действовать в интересах дееспособных лиц, которые сами или с помощью представителя могут защищать свои права. Существует угроза, что прокурор будет использоваться в качестве бесплатного адвоката, само лишь присутствие которого может влиять на суд. Для защиты социально незащищенных лиц в государстве должна быть создана и действовать система бесплатной правовой помощи.

Таким образом, целесообразно установить, что прокурор может принимать участие в гражданских делах с целью защиты интересов государства, если их не защищают надлежащим образом соответствующие государственные органы, предприятия, организации; а также прав и интересов недееспособных лиц, если их не защищают надлежащим образом законные представители, органы опеки и попечительства.

Участие прокурора в форме дачи заключения по делу в большинстве случаев может свидетельствовать о вмешательстве государства в деятельность суда, а также в сферу частноправовых отношений. Наличие прокурора в качестве «государственного эксперта» по правовым вопросам объективно свидетельствует о слабости суда самостоятельно и правильно решить дело.

Основной целью законопроекта является повышение эффективности деятельности прокуратуры путем детализации сфер надзора, урегулирования отдельных надзорных полномочий, совершенствование материально-технического обеспечения органов прокуратуры, предоставления права сотрудникам прокуратуры создавать общественные объединения и унификация правового статуса прокуроров.

Но детальный анализ предложенных законоположений свидетельствует, что не все положения проекта согласовываются с заявленными целями.

Так, законопроектом не решается проблема неурегулированности процедур реализации различных полномочий прокуратуры. По советской традиции, закон не раскрывает

⁷ URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tdtkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=24510&sessionId=29732679&skin=hudoc-en&attachment=true/>

полностью содержание каждого из новых полномочий и не определяет четких и конкретных механизмов их реализации прокурорами. Учитывая то, что речь идет об ограничении конституционных прав и свобод лиц, такая ситуация является недопустимой.

Под процедурой мы понимаем: основания для реализации определенного полномочия, порядок и форма инициирования производства; поэтапность исполнения процедурных действий; степень и характер ограничения прав лиц при осуществлении полномочий; окончание производства; способ оформления результатов процедуры и т.д. Указанные правила должны выписываться исключительно в положениях законов.

В то же время возникают обоснованные сомнения по поводу нормативного акта, в котором должен регулироваться порядок реализации конституционных полномочий прокуратуры. Методологически верным будет, когда эти положения излагаются в иных отраслевых законах, например:

- процедура надзора за законностью дознания и следствия, осуществление уголовного преследования - в Уголовно-процессуальном кодексе;
- процедура надзора за законностью оперативно-розыскной деятельности - в Законе «Об оперативно-розыскной деятельности»;
- процедура надзора за законностью административного производства - в Кодексе об административных правонарушениях и Законе «Об административных процедурах»;
- процедура надзора за законностью исполнительного производства - в Законе «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей»;
- процедура представления интересов государства в суде - в процессуальных кодексах.

Предложенное законопроектом регулирование непременно станет причиной дублирования положений других законодательных актов, что может привести к несогласованностям и противоречиям в действующем законодательстве Республики Казахстан.

Например, в Законе «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» не регулируется деятельность судей по рассмотрению дел. Для этого предназначены процессуальные кодексы. Поэтому Закон «О прокуратуре» не должен содержать нормы о порядке исполнения полномочий прокуратуры, а лишь определять систему органов прокуратуры и статус прокуроров.

Нужно приветствовать попытку авторов законопроекта определить особенности материально-технического обеспечения деятельности прокуратуры. В постсоветских условиях вопрос о надлежащем обеспечении деятельности органа власти является одним из основных в целях повышения независимости должностных лиц и предотвращения возможных фактов коррупции. Предлагается, чтобы эту функцию исполняли уполномоченные подразделения в области правовой статистики и специальных учетов (статья 56-1 проекта Закона). Речь идет о Комитете по правовой статистике и специальным учетам при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан.

Анализ положений проекта позволяет сделать вывод о том, что такой шаг не является системным решением. Статья 9 закона дополняется новой второй частью о том, что при прокуратуре Республики Казахстан могут быть образованы ведомства, учреждения. При этом профессиональная подготовка, переподготовка и повышение квалификации сотрудников органов прокуратуры будет проводиться прокурорами (статья 47-5). И сам Комитет по правовой статистике и специальным учетам состоит из сотрудников прокуратуры.

Налицо возложение на прокуроров не свойственных для прокуратуры полномочий, что может быть использовано для воздействия на их деятельность. Мы не можем себе представить судью, который во время исполнения своих полномочий занимается иной деятельностью, кроме осуществления правосудия. А прокуроры вынуждены решать вопросы от ремонта здания до закупки транспорта, оргтехники, от обеспечения противопожарной безопасности в здании прокуратуры до закупки канцелярских принадлежностей и т.д. И эта

деятельность выходит за рамки конституционных полномочий прокуратуры. Надлежащее исполнение этих обязанностей нередко может создавать возможности для влияния на прокуроров.

С целью уменьшения такого влияния для исполнения этих административно-хозяйственных функций можно в законе предусмотреть создание в каждой прокуратуре канцелярии (секретариата), где будут работать не прокуроры, а государственные и иные служащие. В таком случае, при возникновении проблем с материальным обеспечением определенного органа прокуратуры, ответственным за их решения будет не прокурорский сотрудник, а чиновник, который не имеет прокурорских полномочий.

Унификация правового статуса сотрудников правоохранительных органов также заявлена как цель законопроекта. Но эта цель не может достигаться, на наш взгляд, простой постановкой на учет в органы прокуратуры военнообязанных сотрудников военных прокуратур (часть 12 статьи 48 закона). Реализация этого предложения должна состоять в признании за всеми сотрудниками прокуратур (военных, природоохранных, транспортных, прокуратур специальных объектов) единого статуса. Например, не способствует единому статусу требование к военным прокурорам быть военнослужащими, на которых в полном объеме распространяется законодательство о военной службе и статусе военнослужащих (часть 7 статьи 48 закона). Кроме всего прочего, действующее законодательное регулирование может на практике влиять на независимость работников специализированных прокуратур при исполнении своих полномочий вследствие существования конфликта между интересами общества и ведомства, за деятельностью которого производится надзор.

Для защиты и реализации общих интересов прокурорам предоставляется право создавать общественные объединения (статья 52-1 в редакции проекта). Целью такого законодательного шага может являться и необходимость вступления представителей прокуратуры Казахстана в члены Международной ассоциации прокуроров. Но полноценной защиты от вмешательства в деятельность прокуроров можно добиться только путем создания системы профессионального самоуправления. Именно органы прокурорского самоуправления (собрания, конференции, съезды прокуроров) смогли бы принимать участие в определении нужд кадрового, финансового, материально-технического и другого обеспечения прокуратур, социальной защиты прокуроров и их семей, а также других вопросов, непосредственно не связанных с осуществлением прокурорских полномочий, а также контролировать соблюдение установленных нормативов такого обеспечения.

Проведенный анализ проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности органов прокуратуры» позволяет сделать вывод о том, что его положения не достигают поставленных целей. Для реального усовершенствования деятельности прокуратуры, считаем, нужно привести полномочия прокуроров в соответствие с требованиями Конституции и международных обязательств Республики Казахстан, детально урегулировать на уровне закона процедуру реализации полномочий прокуроров, решить вопрос о самостоятельных службах материально-технического обеспечения прокуратуры, унифицировать статус всех прокуроров и внедрить профессиональное самоуправление прокуроров.

Для качественного разрешения этих проблем следует разработать новый проект закона, положения которого смогут дать комплексный ответ на поднятые выше вопросы.

Ноябрь 2010 г.