

**КОНЦЕПЦИЯ
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
ПО РАЗВИТИЮ СУДЕБНО-ПРАВОВОЙ РЕФОРМЫ В РЕСПУБЛИКЕ
КАЗАХСТАН**

УДК 347.9
ББК 67.410
п 26



“Перспективы развития судебно-правовой реформы в Республике Казахстан”; Сборник – Алматы, 2009 – 50 С.

ISBN 978-601-7162-26-9



Настоящая публикация подготовлена Центром исследования правовой политики при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

УДК 347.9
ББК 67.410

ISBN 978-601-7162-26-9

© 2009
Центр исследования правовой политики

СОДЕРЖАНИЕ

РАЗДЕЛ 1. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС <i>СУЛЕЙМЕНОВ М.К., д.ю.н., профессор</i>	4
РАЗДЕЛ 2. СУДЕБНАЯ СИСТЕМА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН <i>КАНАФИН Д.К., к.ю.н., доцент</i>	13
РАЗДЕЛ 3: УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС <i>КАНАФИН Д.К., к.ю.н., доцент</i>	18
РАЗДЕЛ 4. УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО <i>РАХИМБЕРДИН К.Х., к.ю.н.</i>	24
РАЗДЕЛ 5: АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОЕ ПРАВО <i>БАНЧУК О.А., к.ю.н.</i>	29
РАЗДЕЛ 6: АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ <i>КУЙБИДА Р.А., к.ю.н.</i>	36
РАЗДЕЛ 7: ПЕРСПЕКТИВЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ ОРГАНОВ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ ОБЕСПЕЧЕНИЕ БЕЗОПАСНОСТИ И БОРЬБУ С ПРЕСТУПНОСТЬЮ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН <i>ГОЛОВКО Л.В., д.ю.н., профессор</i>	43

РАЗДЕЛ 1. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ОБ АРБИТРАЖАХ (ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ) В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

I. Совершенствование гражданского законодательства

Действующее в Республике Казахстан гражданское законодательство, отражающее переход казахстанской экономики от централизованной – к обществу, развивающемуся по пути построения рыночной экономики, гражданского общества и правового государства, в своем эволюционном развитии прошло три основных этапа: начальный этап становления (1989-1993 гг.), этап резкого ускорения экономической и правовой реформы (1994-2000 гг.) и этап экономической и правовой стабилизации (начавшийся с 2001 г.).

Современное гражданское законодательство, созданное за семнадцать лет со дня независимости Республики Казахстан практически с нуля, в целом представляет собой сложную внутренне непротиворечивую систему взаимосвязанных и взаимодополняющих друг друга правовых норм. По многим вопросам гражданское законодательство Казахстана является наиболее прогрессивным по сравнению с законодательством других стран СНГ, с которыми республика практически одновременно начала проведение экономических и правовых реформ.

Ныне действующий Гражданский кодекс РК готовился на основе Модельного ГК для стран СНГ, одобренного Межпарламентской ассамблеей этих стран, и Гражданского кодекса Нидерландов в течение ряда лет и был принят в два этапа: 27 декабря 1994 г. была принята Общая часть, а 1 июля 1999 г. – Особенная часть. Гражданский кодекс, являясь крупнейшим кодификационным актом Республики Казахстан, впитал в себя новейшие идеи современного гражданского права, заложил основные принципы регулирования товарно-денежных отношений: равенство форм собственности и её неприкосновенность, свобода договора, равенство субъектов гражданского оборота. На его основе был сформирован основной пакет законов, создавших условия для развития рыночной экономики. Кодекс фактически возродил в Казахстане частное право.

Практический опыт применения Гражданского кодекса свидетельствует, что подавляющее большинство его норм содействует развитию экономики и иных гражданских отношений в направлении создания на правовой основе современного цивилизованного социально и этнически объединенного общества. В настоящее время нет необходимости менять основную концепцию ГК, поскольку в Казахстане продолжает развиваться рыночная экономика. В то же время следует учитывать этап, на котором находится развитие рыночной экономики в Казахстане.

В то же время следует продолжить совершенствование институтов и норм ГК, не забывая о необходимости максимального сохранения стабильности гражданского законодательства, как важного условия развития экономики. Применение ГК выявляет его некоторые пробелы, несогласованные и даже противоречивые предписания. Некоторое ухудшение норм проявилось вследствие внесения в ГК некоторых непродуманных изменений сугубо ведомственного характера. К сожалению, на современном этапе развития гражданского законодательства наметилась негативная тенденция ведомственного законотворчества в области регулирования отдельных видов предпринимательской деятельности.

Общая тенденция развития гражданского законодательства заключается в усилении публичных начал в регулировании экономических отношений, в усилении вмешательства государства в частнопредпринимательскую деятельность, во внедрении корпоративного управления экономикой. Определение пределов такого вмешательства напрямую зависит от политики государства в определенный период. Однако как будет реализовываться такая политика – в законном порядке или волюнтаристически произвольно, целиком зависит от той правовой базы, которая имеется в данном обществе. Если в государстве существует разветвленная структурно организованная система гражданского законодательства, произвольное и волюнтаристическое изменение политики государства крайне затруднено.

Поэтому именно от силы и действенности гражданского права зависит установление пределов вмешательства государства в частную предпринимательскую деятельность.

На современном этапе можно определить два основных направления совершенствования гражданского законодательства:

- 1) совершенствование Гражданского кодекса РК;
- 2) совершенствование законодательных актов, вытекающих из ГК и регулирующих отдельные виды экономических отношений.

1. Совершенствование Гражданского кодекса Республики Казахстан

а) Теоретические положения: расширение диспозитивных норм, соотношение ГК с отраслевыми законодательными актами, разграничение отказа от права и неосуществления права.

В первую очередь необходимо провести ревизию всех статей, сократив число императивных норм. Так, следует пересмотреть весь состав императивных норм ГК, преобразовав те предписания, которые не связаны с государственными (публичными) интересами, в нормы диспозитивные путем включения в тексты соответствующих норм слов «если иное не предусмотрено соглашением сторон».

Требуют дальнейшей доработки положения ГК об основных началах (принципах) гражданского права, имеющих большое практическое значение в законодательной деятельности и правоприменении, в том числе судебной практике рассмотрения гражданско-правовых споров.

Целесообразно с учетом судебной практики детализировать в ГК формы злоупотребления правом, отнеся к их числу недобросовестное поведение, причиняющее неблагоприятные последствия иным лицам, а также закрепления положений о том, что никто не может извлекать выгоды из своего незаконного или недобросовестного поведения.

Необходимо провести оптимизацию соотношения между гражданским правом и другими отраслями права с учетом соотношения публично-правовых и частноправовых интересов, при этом определив, что отношения, затрагивающие вопросы национальной безопасности, относятся к сфере публично-правовых отношений и не могут регулироваться договорно-правовыми методами. Важно определить место и роль государства в гражданско-правовых отношениях, разграничить частные и публичные функции и отказаться от государственного иммунитета в частноправовых отношениях.

б) Субъекты гражданского права: необходимо введение института банкротства гражданина, не являющегося индивидуальным предпринимателем, уточнение понятия банкротства и процедур банкротства, исключение возможности создания некоммерческой организации в организационно-правовой форме АО, ликвидация института государственных предприятий и права хозяйственного ведения и оперативного управления.

Целесообразно ввести в гражданское законодательство Республики Казахстан институт банкротства физических лиц. Практика признания субъектами банкротства не только индивидуальных предпринимателей, но и физических лиц распространена в мире (США, Германия и др.) и позволяет физическому лицу получить освобождение от долгов после завершения процедур банкротства, а кредиторам – получить удовлетворение своих требований в соответствии с очередностью и пропорционально сумме требований.

Серьезному пересмотру следует подвергнуть нормы, касающиеся правового статуса акционерных обществ. Необходимо продуманно урегулировать вопросы переходного этапа. В связи с этим необходимо идентифицировать нормы, которые по своему содержанию нецелесообразны для ГК, и должны содержаться в законе об акционерных обществах. При

этом ряд вопросов правового статуса АО должен быть действительно регламентирован на уровне ГК (взаимоотношения акционеров и общества, фидуциарная ответственность должностных лиц АО, отношения между самими акционерами и др.).

Следует концептуально решить вопрос о возможности использования организационно-правовой формы акционерного общества для создания некоммерческих организаций, ибо подавляющее большинство норм законодательства об акционерных обществах рассчитано именно на коммерческие организации и в них не проводится никакой дифференциации между коммерческими и некоммерческими акционерными обществами.

Требуют обсуждения вопросы целесообразности существования на современном этапе институтов государственных предприятий и права хозяйственного ведения и оперативного управления. Представляется необходимой поэтапная ликвидация институтов государственных предприятий и права хозяйственного ведения и оперативного управления как необходимая мера повышения эффективности использования государственного имущества.

Представляется своевременным включение понятия аффилированных связей (сделок между аффилированными лицами) в Гражданский кодекс. Важно дать общее понятие таких сделок, подчеркнуть, что они не запрещаются законом, но в установленных случаях подлежат предварительной проверке. Установление факта аффилированности должно быть введено в закон в качестве основания признания сделки недействительной по требованию лица, правомерные интересы которого нарушаются такой сделкой. Кроме того, из действующего законодательства необходимо исключить понятия «взаимозависимые» и «взаимосвязанные», используемые в гражданском законодательстве наряду с понятием «аффилированные».

в) Объекты гражданских прав: необходимо уточнение понятия недвижимого имущества как вещи, введение понятия кондоминиума как самостоятельного объекта недвижимости, уточнение процедуры регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с недвижимым имуществом, исключение из определения предприятия как имущественного комплекса указания на то, что оно признается недвижимостью, уточнение понятия интеллектуальной собственности и нераскрытой информации как объектов гражданских прав.

Необходимо концептуально переработать положения ГК о ценных бумагах. Отказ от бумажной формы акций и иных видов ценных бумаг и переход к электронной системе учета акционеров и владельцев иных видов ценных бумаг требуют разработки и обоснования режима оборота «бездокументарных» ценных бумаг, ибо режим ценных бумаг, предполагающих бумажную форму эмиссии ценных бумаг, не отвечает сущности оборота бездокументарных ценных бумаг, представляющих собой электронную систему учета.

Необходимо пересмотреть возможности рынка ценных бумаг и вернуть в правовое поле «чеки» и «векселя». Исключению векселя из категории ценных бумаг способствовало отсутствие тщательного и обоснованного экономического анализа того, какие выгоды может принести вексельное обращение для экономики Казахстана, а также непонимание или неправильное понимание правовой природы ценной бумаги. Необходимо признать, что определение ценной бумаги, закрепленное в п. 1 ст. 129 ГК, по своей сути соответствует теории гражданского права и мировой практике правового регулирования делового оборота.

г) Сделки. Требуется концептуальный пересмотр норм Гражданского кодекса о признании сделки недействительной, решение конфликтных вопросов о соотношении механизма признания сделок недействительными и механизма истребования имущества у добросовестного или недобросовестного приобретателя, последствий заключения сделки или ряда сделок на основании первоначальной сделки, признанной впоследствии недействительной.

ГК не предусматривает норм о ничтожных сделках, исходя из концепции признания всех сделок оспоримыми. Но при этом необходимо более четко урегулировать вопросы несовершенных (незаключенных) договоров (содержащих нарушение законодательно установленных требований к участникам и сторонам договора, порядку заключения, регистрации, содержанию и т. д., которое не позволяет признать договор заключенным), их соотношение с недействительными сделками. Следует проработать вопрос о целесообразности закрепления в общих положениях о недействительности сделок возможности предъявления требований о применении последствий недействительных сделок к случаям несовершенных (незаключенных) договоров, которые могут заявляться любым заинтересованным лицом.

При этом ГК следует дополнить правилом о возложении на недобросовестную сторону недействительной сделки ответственности в виде возмещения другой стороне сделки в полном объеме убытков, связанных с недействительностью сделки. При этом ответственность должна возлагаться как в случаях, когда сторона знала об основании недействительности, так и в случаях, когда она о них не знала и не должна была знать, однако основание недействительности вызвано обстоятельствами, за которые данная сторона отвечает или несет риск их наступления. Исключения из этого правила, касающиеся возможности ограничить размер ответственности недобросовестной стороны лишь реальным ущербом, могут быть установлены только ГК или законом. При этом не должно допускаться полное освобождение недобросовестной стороны недействительной сделки от ответственности в виде возмещения убытков.

Кроме того, необходимо уточнить в Гражданском кодексе состав вещных прав, режим использования их отдельных видов, а также концептуально решить вопрос о возможности возникновения вещных прав из договора.

д) Обязательственное право: способы обеспечения обязательства необходимо дополнить нормами о банковской гарантии, ввести залог банковского вклада.

В параграф 4 главы 18 ГК «Гарантия и поручительство» по инициативе Национального банка РК были внесены изменения: понятие «гарантия» было названо «поручительством» и наоборот, что противоречит логике всей системы способов обеспечения исполнения обязательств. Решить возникшую в результате проблему можно, объединив нормы о поручительстве и гарантии в один раздел о поручительстве.

Банковская гарантия как вид банковской возмездной услуги широко применяется в международной банковской практике во многих странах, признающих унифицированные правила МТП о банковских гарантиях по первому требованию и о договорных банковских гарантиях. Данный вид обеспечения предлагался в Модельном кодексе и в первоначальных проектах ГК. Введение правового регулирования банковской гарантии даст возможность расширения банковских услуг, а также позволит ввести в имущественный оборот новый вид обеспечения, характеризующийся высокой надежностью, абстрактностью и независимостью от обеспеченного обязательства, что в свою очередь будет способствовать развитию имущественного оборота Казахстана, внедрению общепринятых способов обеспечения.

Необходимо с учетом современного развития законодательства о договорах концептуально доработать нормы Гражданского кодекса об одностороннем расторжении договоров, соотношении одностороннего отказа от договора с расторжением договора, с изменением или расторжением договора.

е) Изменения в Особенную часть ГК. Необходимость совершенствования ГК как основного фундаментального законодательного акта в сфере частного права требует внесения некоторых изменений и в его Особенную часть, прежде всего потому, что в действующей Особенной части ГК проявились за годы ее действия некоторые существенные положения, явно ослабляющие согласованность отдельных звеньев общего механизма правового регулирования частноправовых отношений. Прежде всего, несогласованности появились в

финансовой сфере. Некоторые институты, охватывающие частные отношения при осуществлении банковской деятельности, остались незатронутыми нормами ГК и вообще нормами казахстанского гражданского законодательства. Сюда, в частности, относятся расчеты между участниками гражданского оборота (в этой связи следует отметить, что специальный Закон о платежах и переводах денег от 29 июня 1998 г. регулирует не столько расчеты как таковые, сколько внутрибанковскую организацию таких расчетов). Целесообразно с учетом практики пересмотреть нормы, относящиеся к договорам банковского обслуживания и режиму банковских счетов.

Требует дальнейшей доработки правовое регулирование банковских договоров. Следует отметить, что количество противоречий в Гражданском кодексе резко возросло после принятия в 1999 году Особенной части, прежде всего потому, что несколько статей главы 36, главы 37 («Финансирование под уступку денежного требования») и 38 («Банковское обслуживание») готовились в основном специалистами Национального банка, которым удалось преодолеть возражения специалистов гражданского права по этим главам. Так, например, статья 715 явно смешивает договор займа с депозитным договором; параграф 4 главы 38 называется «Банковский вклад», но ни разу не применяет термин «депозит», о котором упоминает лишь статья 715 ГК, путая его с займом. Пункт 2 статьи 758 предусматривает право граждан указывать, кому может быть выдан вклад в случае смерти вкладчика, но в такой форме, которая полностью противоречит правилам наследственного права.

В связи с этим целесообразно с учетом практики пересмотреть нормы, относящиеся к договорам банковского обслуживания и режиму банковских счетов. В ходе дальнейшего совершенствования гражданского законодательства в ГК необходимо восстановить главы о банковских расчетах.

Следует решить вопрос о правовом регулировании договоров о безвозмездном оказании услуг и предусмотреть в Гражданском кодексе специальные нормы о таких договорах.

Необходимо обсудить целесообразность разработки и дополнения ГК нормами об агентском соглашении как широко применяемого в имущественном обороте договорного института.

В совершенствовании нуждается также правовое регулирование отношений, возникающих при причинении вреда физическим и юридическим лицам действиями (бездействиями) судов, правоохранительных органов и иных государственных органов и организаций, а также их должностных лиц, в тех случаях, когда возмещение причиненных убытков осуществляется за счет средств государства, в том числе при незаконном привлечении к уголовной ответственности за нарушение прав в сфере государственной регистрации прав на недвижимость.

В частности, одним из возможных способов решения задачи обеспечения имущественных прав участников гражданского оборота, которым причинен вред действиями регистрирующих органов, необходимо признать создание гарантийных фондов за счет отчислений из сумм, поступивших за государственную регистрацию. Опыт создания гарантийных фондов имеет большое распространение в мировой практике, соответствует введению титульной регистрации прав на недвижимость в Республике Казахстан, отвечает интересам участников гражданского оборота и способствует его стабилизации.

В связи с введением частной собственности на земельные участки и иную недвижимость, увеличением ее оборота возросли риски участников гражданского оборота, обусловленные недобросовестностью отдельных лиц. В настоящее время гражданское законодательство в большей мере обеспечивает вещно-правовую защиту прав собственника, утратившего права на недвижимость в результате неправомерных действий третьих лиц. Права добросовестных приобретателей в большей мере обеспечиваются обязательственно-правовыми мерами. Однако такие меры неэффективны в тех случаях, когда нельзя взыскать убытки с виновного лица, в результате чего уменьшается стабильность

гражданского оборота и увеличиваются риски его участников. В связи с изложенным необходимо признать, что в гражданском законодательстве должны быть предусмотрены нормы, в соответствии с которыми обеспечивался бы баланс интересов собственника имущества, утратившего права на недвижимость в результате неправомерных действий третьих лиц, и добросовестного приобретателя. С этой целью необходима разработка Концепции защиты прав добросовестного приобретателя недвижимости и внесение соответствующих изменений и дополнений в гражданское законодательство.

2. Совершенствование законодательных актов, вытекающих из ГК

В связи с изменениями, которые необходимо внести в Гражданский кодекс, внесение соответствующих изменений и дополнений потребуются в законы о хозяйственных товариществах, о государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств, о жилищных отношениях, о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью, о платежах и переводах денег, об особом статусе Алматы, о сельской потребительской кооперации, о некоммерческих организациях, об акционерных обществах, о банкротстве, о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, об инвестициях, о финансовом лизинге, о франчайзинге, о долевом участии в жилищном строительстве и другие законодательные акты.

Кроме того, необходимо концептуально решить вопрос об унификации законодательства о хозяйственных товариществах.

Необходимо придать самое серьезное значение дальнейшему приведению нормативных правовых актов, определяющих право интеллектуальной собственности, в полное соответствие с международными конвенциями в этой области.

В настоящее время действует уже третий по счету законодательный акт о банкротстве – Закон Республики Казахстан от 21 января 1997 г. № 67-І «О банкротстве», в который неоднократно вносились изменения. Вместе с тем правовое регулирование процедур банкротства нуждается в дальнейшем совершенствовании. Существуют некоторые противоречия в понятийном аппарате, недостаточно урегулированы особенности банкротства индивидуальных предпринимателей.

II. Развитие гражданского процессуального законодательства¹

Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан явился кодексом, одним из первых на постсоветском пространстве унифицировавшим гражданское судопроизводство. Концепция развития гражданского процессуального законодательства предусматривает дальнейшее совершенствование механизма защиты прав и охраняемых законом интересов. Опираясь на вышеизложенное, следует выработать развернутую систему гражданских процессуальных норм, позволяющих полноценно осуществлять функцию защиты законных интересов и прав граждан, организаций, исходя при этом из принципа равенства всех перед законом, права на справедливое и гласное судебное разбирательство компетентным и независимым судом, учрежденным в соответствии с законом.

В целях дальнейшего совершенствования гражданского процессуального законодательства необходимо исключить особое исковое производство из системы гражданского судопроизводства, однако следует разработать правовые институты «исков: групповые, косвенные, неопределенного круга лиц», которые существуют за рубежом (например, в

¹ Авторы подраздела по развитию гражданского процессуального законодательства – к. ю. н. Акимбекова С.А., Тлегенова Ф.А.

Германии) для защиты прав потребителей. Возможно создание специального органа для разрешения подобных дел.

Требуется разработка системного подхода в определении соотношения принципов диспозитивности и законности, состязательности и объективной истины, законности и процессуальной экономии.

В целях обеспечения конституционных прав граждан необходимо проработать вопрос о введении в Казахстане наряду с государственным исполнением решений суда института частного исполнения. При этом необходимо определить их организационную основу, порядок взаимодействия с государственным аппаратом, категорию дел, подлежащих исполнению в частном производстве и порядок финансирования деятельности частных судебных исполнителей. Особое внимание следует уделить порядку исполнения судебных решений по гражданским делам, и этот вопрос связан не столько с введением института частного исполнения, сколько с процедурами обеспечения судебных решений.

III. Развитие законодательства об арбитражах (третейских судах)

Альтернативные процедуры разрешения споров (АПРС) получают все большее распространение в международной практике. Ранее выделялись три основных вида АПРС: 1) переговоры (negotiation) – урегулирование спора непосредственно сторонами без участия иных лиц; 2) посредничество (mediation) – урегулирование спора с помощью независимого нейтрального посредника, который способствует достижению сторонами соглашения; 3) арбитраж (arbitration) – разрешение спора с помощью независимого нейтрального лица – арбитра, который выносит обязательное для сторон решение.

Следует отметить, что наибольшее развитие из АПРС во всем мире получил арбитраж (arbitration). Эта форма защиты гражданских прав наряду с судом получила закрепление в Гражданском кодексе Республики Казахстан (п. 1 ст. 9).

В истории развития законодательства об арбитраже (третейских судах) в Казахстане можно выделить три этапа:

1) этап становления арбитражей (1993-1999 гг.). В то время действовало Типовое положение о третейском суде, утвержденное постановлением Кабинета Министров Республики Казахстан от 4 мая 1993 г. № 356. В те годы третейское разбирательство медленно, но неуклонно развивалось, проблемы если и возникали, то не самые острые. Одной из таких проблем были взаимоотношения с Генеральной прокуратурой, которая пыталась опротестовать решения третейских судов по существу;

2) этап развала и уничтожения арбитражных судов (1999-2004 гг.), поскольку принятый 1 июля 1999 г. новый Гражданский процессуальный кодекс РК не содержал в себе нормы, предусматривающей принудительное исполнение государственными судами решений третейских судов. Между тем принудительное исполнение решений третейского суда государственными судами является краеугольным камнем эффективности третейского разбирательства.

После принятия ГПК судебная практика пошла вразнос. Чтобы исправить ситуацию, Верховный суд принял Нормативное постановление № 14 от 19 октября 2001 г., которым обязал суды выносить определения о принудительном исполнении решений третейских судов. Однако против этого постановления выступили Генеральная прокуратура и Министерство юстиции при открытой поддержке Правительства Республики Казахстан. В результате Верховный суд вынужден был приостановить действие своего нормативного постановления;

3) этап после принятия арбитражных законов (2005 г. по настоящее время). 28 декабря 2004 г. были приняты Закон «О третейских судах», Закон «О международном коммерческом арбитраже» и Закон «О внесении дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам деятельности третейских судов и арбитражей», сыгравшие большую роль в возрождении арбитражных судов в Казахстане.

Процедуры рассмотрения споров одинаковы и в третейском суде, и в международном коммерческом арбитраже. Поэтому при работе над проектами была предпринята попытка сделать один Закон, но по разным причинам она не удалась. Необходимо иметь в виду, что понятия «третейский суд» и «арбитражный суд» – это одно и то же. Разграничение компетенции между третейским судом и международным коммерческим арбитражем проводится не между конкретными арбитражными органами, а по признаку резидента: споры между резидентами рассматриваются третейским судом, споры между сторонами, хотя бы одной из которых является нерезидент, рассматриваются международным коммерческим арбитражем. Поэтому любой арбитражный (третейский) суд рассматривает любые споры, то есть выступает или как третейский суд, или как международный арбитраж. Если стороны – резиденты РК, он применяет Закон о третейском суде, если хотя бы одна из сторон нерезидент, применяется Закон о международном коммерческом арбитраже.

Как показывает опыт стран СНГ, в отличие от международной практики, законодатель в этих странах пошел по пути принятия двух законов. В перспективе в Казахстане вполне возможно и целесообразно принятие единого закона.

В настоящее время дальнейшее совершенствование законодательства Республики Казахстан об арбитражах (третейских судах) должно вестись по трем основным направлениям:

1) снятие необоснованных ограничений в компетенции третейских судов, а именно исключение из Закона о третейских судах норм о запрете на рассмотрение в третейском суде споров, по которым затрагиваются интересы государства, государственных предприятий, естественных и доминирующих монополистов. Согласно Законам РК «О третейских судах» и «О международном коммерческом арбитраже» третейский суд (арбитраж) рассматривает только споры, возникающие из гражданско-правовых договоров. При этом ограничение компетенции третейского суда в отличие от арбитража состоит в том, что третейским судам в соответствии с п. 4 ст. 7 Закона о третейских судах не подведомственны споры, по которым затрагиваются интересы государства, государственных предприятий, несовершеннолетних лиц, лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными, лиц, не являющихся участниками третейского соглашения, споры из договоров о предоставлении услуг, выполнении работ, производстве товаров субъектами естественных монополий, субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке товаров и услуг, а также по делам о банкротстве, за исключением случаев, предусмотренных законами РК.

Здесь можно говорить о необоснованных ограничениях деятельности третейских судов, их дискриминации по сравнению с международным коммерческим арбитражем. Так, например, национальные компании необоснованно лишены возможности рассмотрения споров с казахстанскими компаниями в арбитраже, поскольку такие споры должны рассматриваться в порядке третейского разбирательства, а значит, существует большой риск, что государственные суды отменят такие решения третейского суда, ссылаясь на то, что в споре с нацкомпанией были затронуты государственные интересы. При этом любой нерезидент сможет включить в такой же контракт с нацкомпанией оговорку и отдать свой спор по контракту на рассмотрение независимому арбитражу. На практике наличие подобных ограничений очень серьезно тормозит развитие третейских судов;

2) исключение из перечня оснований для обжалования решений третейских судов такого основания, как противоречие принципу законности. Необходимо исключить из подпункта 5) п. 2 ст. 44 Закона о третейских судах упоминание о принципе законности. Возможность

отмены решения третейского суда по основанию нарушения принципа законности противоречит сущности третейского разбирательства. Ведь принцип законности – это соблюдение всех нормативных правовых актов (подпункт 2) ст. 4 Закона о третейских судах). На практике это означает, что государственный суд может отменить решение третейского суда в случае малейшего на взгляд государственного суда нарушения любого приказа министерства или любого решения районного акима. Не говоря о наличии большой коррупционной составляющей, это противоречит основному принципу третейского разбирательства: что оно не может быть пересмотрено по существу. На этом принципе построено третейское разбирательство во всем мире и это запрещено во всех международных документах.

Недаром подобного основания отмены решения нет в Законе о международном коммерческом арбитраже, основанном на Типовом законе о международном торговом арбитраже ЮНСИТРАЛ. В конце концов, это просто унижительно, когда в Законе, написанном для иностранцев, нет таких ограничений, которые установлены для граждан Республики Казахстан.

3) исключение из действующих Законов о третейских судах и о международном коммерческом арбитраже ограничений полномочий третейских судов (арбитражей) рассмотрением лишь договорных споров (т. е. споров, возникающих из гражданско-правовых договоров).

РАЗДЕЛ 2. СУДЕБНАЯ СИСТЕМА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Независимый, объективный и беспристрастный суд – неотъемлемый элемент правового демократического государства. Права человека, гражданские свободы, неприкосновенность частной жизни и собственности могут быть полноценно защищены только этим институтом. Отрадно, что Казахстан выбрал либеральную демократическую модель государственно правового устройства и отказался от многих атавизмов советского прошлого. Однако, не смотря на многие успехи в социально-экономических реформах, трансформации последних лет, к сожалению, не принесли должной независимости судам, не создали полноценной системы сдержек и противовесов. Наличие в Казахстане реального разделения властей вызывает обоснованные сомнения. Судьи получают свой статус из рук исполнительной власти, в своей деятельности ограничены корпоративными процедурами и большей частью осознают себя частью единого государственного аппарата, нежели подчиняющимися только закону вершителями правосудия. Очевидно, пришло время изменить порядок **организации судебной власти**. В рамках соблюдения международных стандартов в сфере независимости суда следует отказаться от идеи политического доминирования над судебной системой, ликвидировать явные и скрытые инструменты управления судьями со стороны исполнительной власти. Судьи вправе вершить правосудие без оглядки на вышестоящие инстанции, руководствуясь законом и совестью, а не телефонным звонком и указанием сверху. Граждане Казахстана вправе рассчитывать на уважение и справедливость в зале суда.

1. Отбор и назначение судей. Для обеспечения независимости судей необходимо кардинально изменить порядок формирования судейского корпуса, гарантировав реальную самостоятельность судебной ветви власти. Следует отказаться от такого явного признака авторитаризма как отбор и назначение судей главой государства. Процедура приобретения статуса судьи должна быть открытой, справедливой и честной. Поскольку судьи выносят решения от имени народа, народ вправе участвовать в наделении их соответствующими полномочиями. Необходимо обеспечить разумный баланс между интересами общества, состоящими в потребности привлекать в качестве судей порядочных и гуманных граждан, личности, желающей честным трудом на профессиональном поприще реализовать себя, и государства, озабоченного созданием эффективного механизма разрешения правовых споров. Разумеется, нахождение этого баланса - очень сложная задача.

Для достижения этой цели необходимо предусмотреть такой процесс отбора и назначения судей, который, во-первых, исключал бы скрытую селекцию кандидатов по признаку их лояльности по отношению к исполнительной власти либо иным представителям политической элиты, во-вторых, не допускал коррупцию во всех ее проявлениях, в том числе симонию, nepотизм, протекционизм и пр., в-третьих, не ставил судей в зависимость от тех структур, благодаря которым они получили свой статус. Чтобы обеспечить этот перечень минимальных гарантий независимости судей нужно предусмотреть отбор судей по ясным и четким критериям из достаточного числа кандидатов специально уполномоченными коллегиальными органами, которые на началах справедливости представляли бы гражданское общество, государство и саму судебную систему. Эти органы должны заменить Высший судебный совет, в настоящее время полностью формируемый исполнительной властью, и потому не отражающий в достаточной мере интересов гражданского общества и судейского корпуса.

Возможно создание таких органов (для простоты обозначения используем термин: «комиссии по отбору судей») на областном уровне, поскольку процесс отбора судей для местных судов следует осуществлять людьми, непосредственно проживающими в данном регионе и подконтрольными населению этой территории. Для полноценного представительства народных избранников, судей и членов профессионального сообщества, полагаем, что комиссия по отбору судей на областном уровне может быть создана при маслихате и состоять из депутатов местного представительного органа власти, судей, делегатов от адвокатуры, прокуратуры, ученых юристов. При этом число судей должно быть

равным другим членам комиссии, а депутаты маслихата должны составлять не менее трети от ее общего состава. Преимущество судей и народных избранников обеспечит квалифицированный и одновременно объективный отбор кандидатов, позволит судьям активно участвовать в формировании собственных рядов, что также станет косвенной гарантией независимости судебной системы.

Комиссия рассматривает сведения о кандидатах, представленные в рамках заранее объявленного конкурса. Подача конкурсной документации соискателями должна быть подробно регламентирована. Перечень необходимых документов, требования к их составлению и время их подачи должны быть ясно и четко обнародованы в общедоступных средствах массовой информации в сроки, реально позволяющие подготовить необходимые документы. Очевидно, следует сохранить большинство квалификационных требований к юристам, претендующим на должность судьи: достижение двадцатипятилетнего возраста, успешная сдача специального экзамена, отсутствие судимости, психическое здоровье и пр. При этом экзамен на должность судьи должен сдаваться специальному органу при Министерстве юстиции на основе открытых и объективных процедур, с возможностью ознакомления с их результатами и обжалования. Этот орган также должен быть коллегиальным и состоять из депутатов Парламента, судей, ученых юристов и иных представителей юридической общественности.

Таким образом, предлагается два этапа отбора кандидатов на должность судьи. На первом этапе происходит проверка уровня их квалификации и соответствия формальным стандартам, установленным в законе, а на втором осуществляется непосредственно избрание комиссией лучших из числа претендентов с учетом их гражданских качеств.

Отбор кандидатов на должность судьи должен представлять собой процесс изучения комиссией представленных претендентами документов и собеседование с ними. На основе этого комиссия определяет наиболее достойных и оглашает свое решение в присутствии представителей общественности и средств массовой информации в разумные сроки.

Участие Президента в формировании судебного корпуса предлагаем оформить в виде широко применяемой в некоторых штатах США «процедуры Миссури», когда глава исполнительной власти выбирает судей из числа лиц, предложенных народными институтами. С этой целью считаем возможным рассмотреть такой порядок назначения судей, при котором комиссии по отбору судей рекомендуют несколько кандидатур на одну вакантную должность судьи Президенту Республики Казахстан и последний утверждает одного из рекомендованных лиц своим решением. Все судьи местных судов, таким образом, назначались бы Президентом на основе представлений коллегиальных органов, сформированных на демократической основе.

Считаем необходимым предусмотреть такой порядок формирования составов областных и приравненных к ним судов, при котором кандидатуры на должность судьи областного суда избирались бы на пленарных заседаниях районных судов и утверждались Парламентом Республики Казахстан. Это позволит обеспечить косвенное народное участие при формировании среднего звена судебной системы и избежать злоупотреблений в этом процессе.

Полагаем, что выборы судей Верховного суда Республики Казахстан должны происходить на альтернативной основе и относиться исключительно к компетенции Парламента Республики Казахстан. Кандидатуры на должность судей Верховного суда должны рекомендоваться пленарными заседаниями областных и приравненных к ним судов и рассматриваться Парламентом.

2. Организация и управление судебной системой. Необходимо отказаться от существующей сейчас жесткой иерархии в судебной системе, скрытых механизмов давления на судей, негласных корпоративных правил согласования и принятия «нужных» решений. Председатели судов должны избираться пленарными заседаниями судов путем

тайного голосования каждые три года, без участия исполнительной власти и выполнять только функции организационно-технического характера. Следует оптимизировать структуры, рассматривающие вопросы дисциплинарной ответственности судей, прямо запретив в законе наказание за решения, вынесенные судьей без явного нарушения закона и основанные на его внутреннем убеждении. Дисциплинарные органы судебной системы должны формироваться самим судейским сообществом путем открытых выборов на пленарных заседаниях и принимать решения самостоятельно, без давления со стороны вышестоящих инстанций или исполнительной власти. Дисциплинарное производство в отношении судей должно соответствовать стандартам объективности, справедливости и открытости. Судьи, в отношении которых осуществляется такое производство, имеют право ознакомиться с его материалами, представлять доказательства в обоснование своей позиции, участвовать в заседаниях дисциплинарного органа и обжаловать его решения.

Следует отказаться от привилегий судей при их уголовном преследовании, установив для них одинаковое процессуальное положение с обычными гражданами. Это, с одной стороны, позволит правоохранительным органам без ненужных осложнений бороться с коррупцией в судейской среде, а с другой, станет способствовать большей принципиальности судей при оценке фактов нарушения прав человека. Декларации о доходах судей и членов их семей должны публиковаться в общедоступных средствах массовой информации.

Вместе с тем материальное обеспечение судей и уровень социальных гарантий должен соответствовать их высокому социальному статусу. В качестве возможных примеров таких гарантий предлагаем рассмотреть размер заработной платы, превышающий 3000 месячных расчетных показателей, полное медицинское страхование для всех членов семьи, условия для приобретения собственного жилья по льготным ипотечным кредитам и иные разумные стимулы для добросовестной службы обществу. Такие льготы не должны носить патерналистского характера. Их следует предоставлять каждому судье на равной основе.

Нужно создать судьям нормальные условия для работы, обеспечив необходимыми организационно-техническими ресурсами. Следует продолжить развитие службы судебных приставов и судебных исполнителей. Данные субъекты должны превратиться в полноценных стражей интересов правосудия и окончательно решить проблему неисполнения судебных актов. Следует полностью исключить зависимость судов от местных и центральных органов исполнительной власти в вопросах материального обеспечения.

3. Специализация судов и учреждение мировой юстиции. Мировая юстиция является одной из форм народного участия в отправлении правосудия. Предлагаем внедрить ее в судебную систему Республики Казахстан, с учетом национальных особенностей и позитивного иностранного опыта применения этого института. Считаем возможным организовать мировые суды как самостоятельные органы правосудия с четко определенной подсудностью, особым порядком отбора и назначения судей, независимостью от судов общей юрисдикции. Стоит рассмотреть вопрос о выборности судей населением каждой административно-территориальной единицы. В целях экономии бюджетных средств и оптимизации процедуры, возможно, совмещать выборы мировых судей с выборами местных органов власти, и установить аналогичный срок пребывания в должности. Выборы мировых судей должны быть прямыми из числа кандидатов, сдавших квалификационный экзамен и претендующих на указанную должность, в порядке, определяемом выборным законодательством.

Полагаем целесообразным к компетенции мировых судов отнести рассмотрение гражданских дел, где предмет иска не превышает пяти тысяч месячных расчетных показателей, а в уголовном процессе рассмотрение вопросов, связанных с обеспечением прав и законных интересов граждан, вовлеченных в производство по уголовным делам: санкционирование мер уголовно-процессуального принуждения и действий, ограничивающих конституционные права и свободы граждан, а также рассмотрение жалоб

участников процесса на действия органов и должностных лиц, осуществляющих предварительное расследование.

Пересмотр решений, вынесенных мировыми судами, по общему правилу предусмотреть в порядке апелляционного производства в областных и приравненных к ним судах.

Считаем целесообразным продолжить развитие специализации судов. В рамках реформы административного законодательства полагаем возможным дифференцировать суды на административные, разрешающие споры граждан с государственными органами, и суды по уголовным проступкам, к компетенции которых отнести рассмотрение в рамках уголовно-процессуальной формы деяний, в настоящее время относящихся к административным правонарушениям, и некоторым преступлениям небольшой и средней тяжести, подлежащим декриминализации. Считаем, что перечисленные правонарушения, должны быть объединены в отдельной главе Уголовного кодекса, например, "Уголовные проступки".

4. Развитие суда с участием присяжных заседателей. В области правосудия демократизм государства определяется возможностью участия народа в отправлении судебной власти. Есть несколько способов вовлечения граждан в этот процесс. Первый – выборность судей или, по крайней мере, участие представителей народа в формировании судебного корпуса. Второй способ – непосредственное осуществление правосудия самими гражданами в суде присяжных.

Основная идея суда присяжных состоит в том, что представители народа разрешают уголовные дела, руководствуясь при этом законом, здравым смыслом, жизненным опытом и представлениями о морали, нравственности, чести и достоинстве. Существующая в Казахстане модель суда народных представителей должна быть трансформирована в классический суд присяжных, где народные судьи сами разрешают фактическую сторону дела, а профессионалы остаются в зале судебных заседаний и вместе со всеми ожидают вердикта присяжных. Это позволит полноценно использовать потенциал данной процедуры и будет способствовать гуманизации практики судопроизводства.

Развитие суда присяжных должно идти не только по пути смены модели, но состоять в совершенствовании процессуальных и организационных основ деятельности этого института. Следует расширить подсудность суда присяжных за счет всех дел о преступлениях особой тяжести, рассмотреть вопрос о введении суда присяжных по отдельным категориям гражданских дел (например, о возмещении ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями государственных органов). Полагаем целесообразным для обеспечения большей репрезентативности коллегий присяжных увеличить их количество до двенадцати. Должна быть пересмотрена роль профессиональных судей. Очевидно, что в суде присяжных есть место только одному из них – председательствующему. Необходимо расширить полномочия участников процесса: сторонам следует дать возможность лично опрашивать кандидатов в присяжные заседатели, необходимо увеличить количество немотивированных отводов, чаще и открыто применять процедуру случайной выборки кандидатов. Стороны должны иметь возможность участвовать на всех этапах формирования предварительного состава коллегии присяжных с момента первичного отбора из списка кандидатов до окончательного формирования коллегии.

Необходимо продолжить разъяснительную работу среди населения о правовой природе и значении суда присяжных для демократического общества.

При формировании списков кандидатов в присяжные заседатели необходимо исключить любые возможности для манипуляций и злоупотреблений. Этот процесс должен быть открытым, простым и понятным для представителей гражданского общества. Для этих целей в законодательство нужно внести нормы, определяющие число кандидатов в присяжные в адекватном процентном соотношении от населения, проживающего в соответствующей административно-территориальной единице. Граждане должны иметь

реальную возможность знакомиться со списками и проверять правильность их составления. Полномочия и ответственность государственных органов, к компетенции которых отнесены соответствующие функции, должны быть четко урегулированы в законе и исключать заинтересованность этих субъектов в формировании ангажированных и не репрезентативных списков кандидатов в присяжные заседатели.

Процедура формирования списков кандидатов в присяжные заседатели должна быть модернизирована. Необходимо предоставить равную возможность для лиц, соответствующих требованиям закона, быть включенными в списки кандидатов в присяжные вне зависимости от имущественного положения, места жительства, расы, пола, возраста и национальности. Регламентировать в нормативных актах унифицированную, простую и открытую процедуру случайного выбора кандидатов из списка избирателей, проживающих на территории данной административно-территориальной единицы, разработав с этой целью единую компьютерную программу для местных исполнительных органов, гарантирующую случайность отбора и возможность контроля за этим процессом со стороны гражданского общества.

РАЗДЕЛ 3. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

В **уголовном процессе** необходимо провести кардинальную реформу, с одной стороны обеспечив реальное соблюдение основных прав и свобод человека, а с другой – освободив судопроизводство от рудиментов репрессивного и громоздкого советского порядка правоприменения. Очевидно, что подлинная модернизация действующего в этой сфере законодательства возможна только при использовании нового концептуального подхода к структуре уголовно-процессуальной деятельности, содержанию стадий процесса и полномочий его участников. Попытки уместить современные реалии в процессуальные формы более чем полувековой давности обречены на неудачу.

Поскольку жизнь человека, его права и свободы являются высшей ценностью в Республике Казахстан, любая реконструкция уголовного судопроизводства должна идти по пути сохранения и развития гарантий прав личности. Поэтому, предлагаемая нами реформа досудебного производства, направлена на замену устаревших конструкций новыми - более эффективными, скорыми, открытыми и простыми.

1. Реформа досудебного производства по уголовным делам. Следует предусмотреть в законодательстве базовый комплекс гарантий прав и свобод человека, при этом унифицировав процедуру досудебного производства по уголовным делам, объединив в едином правовом режиме не только стадии возбуждения и расследования уголовного дела, но и оперативно-розыскную и уголовно-процессуальную деятельность.

Необходимо признать, что действующий казахстанский порядок производства по уголовным делам, представляет собой всего лишь подвергнутое некачественному и неполному косметическому ремонту репрессивное и негуманное по своей природе советское уголовное судопроизводство. Поэтому реформы должны носить принципиальный и кардинальный характер.

Основным средством обеспечения большей справедливости уголовного судопроизводства видится развитие судебного контроля на досудебном этапе уголовного процесса, и поддержка состязательности и равенства сторон путем введения процедур судебного разрешения принципиальных вопросов предварительного расследования.

Полагаем, что при наличии достаточного количества правовых и институциональных гарантий, досудебное производство должно состоять из:

- собирания доказательств органами предварительного расследования;
- предъявления прокурором обвинения в мировом суде с одновременным решением вопроса об избрании меры пресечения;
- ознакомления с материалами досудебного производства, приобщения к делу фактических данных, собранных стороной защиты, формирования дела и передачи его прокурору для направления в суд.

Необходимо отказаться от деления досудебного производства по уголовным делам на стадии возбуждения уголовного дела и предварительного расследования. Деление это в настоящее время носит искусственный характер и вызывает неприятие не только у ведомств, осуществляющих расследование, но и у представителей противоположной стороны. Очевидно, что наличие стадии возбуждения уголовного дела, как некоего барьера, который можно перейти только при наличии определенных (правда описанных в законе весьма расплывчато) оснований, иногда защищает граждан от необоснованного применения мер уголовно-процессуального принуждения, и в этой части упразднение ее может способствовать неоправданному усилению репрессивных начал уголовного процесса. С другой стороны, лицо, в отношении которого проводится доследственная проверка, имеет размытый правовой статус и не обладает эффективными правовыми средствами своей защиты. Кроме того, эта проверка, может использоваться для реализации коррупционных схем и запугивания граждан, вовлекаемых в орбиту уголовного процесса. Таким образом,

весьма слабый правообеспечительный потенциал этой стадии не оправдывает ее существование.

Дифференциация деятельности по получению информации, необходимой для раскрытия и расследования преступлений, на оперативно-розыскную и уголовно-процессуальную в действительности является пережитком прошлого, когда формальные процедуры описывались в законодательстве, а иные более секретные и менее нравственные регулировались в ведомственных приказах. На волне перестроечных настроений в некоторых постсоветских государствах были приняты законы об оперативно-розыскной деятельности, которые поверхностно и не всегда понятно для гражданина легализовали эту деятельность, но, по сути, являются лишь ширмой, за которой прячется механизм, способный грубо и необоснованно вторгаться в частную жизнь граждан.

Поэтому предлагаем уточнить в уголовно-процессуальном кодексе весь список действий, необходимых правоохранительным органам для расследования преступлений, и четко урегулировать общий порядок их производства, гарантирующий неукоснительное соблюдение прав человека, неприменение этих действий без достаточных к тому оснований, а также восстановление прав граждан, нарушенных в результате неоправданного и незаконного использования этих мер. Вполне возможно назвать все эти средства и способы доказывания единым термином - «следственные действия», под которыми понимать как гласные, так и негласные способы получения информации.

В частности, закон должен позволять производство действий, связанных с нарушением тайны переписки, неприкосновенности жилища, собственности и частной жизни (обыск, выемка, освидетельствование, психиатрическая, судебно-медицинская экспертиза живого лица, прослушивание переговоров, перехват сообщений и др.) только с разрешения мирового судьи, к исключительной компетенции которого отнести контроль за соблюдением прав граждан и законности на предварительном следствии, санкционирование ареста, рассмотрение жалоб участников процесса на неправомерные действия органов, ведущих уголовный процесс, и иные решения, о которых будет упомянуто ниже.

Полагаем возможным, началом уголовно-процессуальной деятельности считать момент поступления в уполномоченный правоохранительный орган информации о незаконной деятельности и допустить с этого момента производство всех следственных действий, разумеется, при условии соблюдения ранее указанных процессуальных гарантий. Собранные органами предварительного расследования фактические данные должны предъявляться прокурору для принятия решения о предъявлении обвинения, либо о прекращении дальнейшего расследования. Если сведения о совершенном преступлении не нашли своего подтверждения, орган уголовного преследования обязан предоставить все результаты расследования в суд, который должен официально удостоверить факт окончания расследования и уведомить об этом лиц, чьи права и законные интересы были затронуты указанным расследованием. Суд обязан пригласить этих лиц и разъяснить им право на ознакомление с касающимися их материалами, а также право на подачу жалоб и требований о компенсации за незаконно нарушенные права и иной ущерб, причиненный этим расследованием. Гражданам должно быть предоставлено право получать информацию о законченных в отношении них расследованиях, с официальным разъяснением причин и результатов его проведения.

Предъявление обвинения должно происходить в суде с участием сторон и представлять собой разъяснение обвиняемому прокурором сущности обвинения. Мировой судья знакомит привлеченное к уголовной ответственности лицо с его правами и обязанностями, осуществляет контроль за надлежащим обеспечением этих прав, и с учетом мнений обвинения и защиты определяет меру пресечения из перечня, предусмотренного в законодательстве. Если в отношении обвиняемого до этого было применено задержание, судья должен дать оценку законности его применения. Список мер пресечения должен быть расширен за счет дополнительных способов правоограничения, например, таких как - не покидать жилище после определенного часа, не посещать конкретно определенные места,

не встречаться с отдельными лицами, не совершать по разумному усмотрению суда иных действий, пройти курс лечения от алкоголизма и т. д.

Дальнейшее расследование осуществляется соответствующим органом самостоятельно и заканчивается направлением материалов дела прокурору для решения вопроса о передаче дела в суд. Сроки досудебного производства должны быть ограничены разумными рамками. По истечении указанных сроков дело должно прекращаться, либо направляться прокурору для предания обвиняемого суду.

По окончании расследования, сторона защиты должна иметь возможность ознакомиться с материалами дела и приобщить к нему собранные ею фактические данные. После этого материалы дела в подшитом и пронумерованном виде должны быть переданы прокурору для направления дела в суд.

2. Развитие состязательности судопроизводства. Для полноценного и эффективного реформирования уголовного судопроизводства необходимо обеспечить реальное равенство сторон на досудебных стадиях процесса. С этой целью необходимо усилить правовой статус адвокатов. Необходимо запретить уголовное, гражданско-правовое и административное преследование адвокатов за действия, осуществляемые в соответствии с законом, профессиональными обязанностями и этическими нормами. Запретить вторжение в сферу адвокатской тайны посредством методов, используемых в правоохранительной деятельности, гарантировав неприкосновенность переписки, документации, телефонных переговоров, служебных помещений и жилища адвокатов. Необходимо прямо предусмотреть в законе запрет на привлечение адвокатов для сотрудничества на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими правоохранительную деятельность, а также отказаться от практики ограничения допуска адвокатов к делам, имеющим гриф секретности. В последнем случае вполне достаточно обязывать адвокатов хранить полученную ими при производстве по делу информацию в тайне, согласно порядку, определенному в законодательстве.

Нужно решить вопрос о проведении альтернативных судебных экспертиз по инициативе стороны защиты, создав для этого необходимые организационные и процессуальные условия. Расширить полномочия защиты, предоставив адвокатам право собирать фактические данные по делу, в том числе с привлечением частных детективных служб. Необходимо более четко определить правовые основы частной детективной и охранной деятельности. Считаем целесообразным сохранить правовое положение непрофессиональных защитников в уголовном процессе.

Защита по уголовным делам должна остаться в компетенции коллегий адвокатов. Огосударствление адвокатуры считаем неприемлемым. Необходимо усовершенствовать систему оказания правовой помощи, оплачиваемой за счет государственного бюджета, предусмотрев достаточное и справедливое финансирование труда защитников, а также надлежащий контроль за качеством, выполняемой ими работы и соблюдением правил профессиональной этики. Предлагаем создать при коллегиях адвокатов органы по контролю за качеством правовой помощи, оказываемой за счет государственного бюджета, в состав которых включить представителей гражданского общества. Для усовершенствования системы финансирования такой правовой помощи необходимо предусмотреть создание единого бюджетного администратора в лице Министерства юстиции, а также создание специализированных юридических консультаций, адвокаты которых будут работать только по делам этой категории и получать фиксированную заработную плату в размере сопоставимом с заработной платой государственных обвинителей, а также иметь соответствующие социальные гарантии.

Необходимо продолжить совершенствование института судебной экспертизы, обеспечив состязательность в процессе доступа к научным исследованиям. При этом гарантии объективности и научной достоверности результатов таких исследований должны быть закреплены в законодательстве, регулирующем организацию экспертной деятельности.

Эксперты должны состоять в независимом профессиональном сообществе, формируемом на основе четких требований к квалификации и добросовестности его членов.

3. Развитие восстановительного правосудия и ювенальная юстиция. Необходимо должным образом регламентировать в законодательстве порядок прекращения уголовного дела в связи с примирением сторон. Считаю необходимым предусмотреть в процессуальной форме обязательное прекращение дела за примирением сторон при наличии соглашения об этом между потерпевшим и обвиняемым на любой стадии уголовного процесса до вынесения приговора по делу. Кроме этого, закрепить в законе возможность использования различного рода медиативных процедур с участием представителей профессиональных медиаторов.

Процессуальное закрепление факта прекращения дела за примирением сторон следует отнести к компетенции мирового судьи, осуществляющего контроль за соблюдением прав граждан и законности на предварительном следствии, если примирение произошло на досудебных стадиях процесса, либо судьи, рассматривающего дело по существу, если такое согласие возникло в судебных стадиях.

Сохранившийся с советских времен репрессивный дух отечественного уголовного процесса до сих пор неоправданно суров по отношению к несовершеннолетним, оказавшимся в орбите уголовно-правовых отношений. В этой связи представляется необходимым не только дальнейшее развитие ювенальных судов, которые в обязательном порядке должны быть укомплектованы юристами, прошедшими специальную подготовку и обладающими знаниями о возрастной специфике несовершеннолетних. Следует обратить внимание на развитие альтернатив уголовному преследованию и наказанию в виде лишения свободы. Необходимо дальнейшее совершенствование службы социальных работников.

4. Институт сделки о признании вины. Для того чтобы разгрузить правоохранительную и судебные системы следует рассмотреть вопрос о введении института сделки о признании вины, гарантировав при этом соблюдение прав человека, принципов справедливого уголовного процесса и создание системы мировой юстиции.

Очевидно, следует внести необходимые дополнения и изменения в уголовное законодательство, определяющие предмет и последствия заключения такой сделки. По нашему мнению, сделка должна строиться на добровольном признании обвиняемым своей вины, сделанном после ясного и четкого разъяснения его прав, а также сущности и объема предъявленного обвинения, в присутствии адвоката и после разъяснения мировым судьей правовых последствий заключения сделки. Сделка должна происходить в судебном заседании с обязательным участием самого обвиняемого, его защиты, прокурора, потерпевшего, гражданского истца и ответчика. Стороны должны иметь возможность выдвигать приемлемые с точки зрения закона условия, в том числе о конкретном размере наказания. Несогласие кого-либо из перечисленных выше участников процесса с заключением сделки должно повлечь за собой продолжение производства по делу и рассмотрение его по существу в общем порядке. Констатировать факт заключения сделки о признании вины должен мировой судья, осуществляющий контроль за соблюдением прав граждан и законности на предварительном следствии, разумеется, если все необходимые процедуры были соблюдены. Одновременно с вопросом о заключении сделки должен быть разрешен заявленный по делу гражданский иск. Отсутствие возможности для урегулирования этого вопроса является основанием для отказа в заключении сделки о признании вины. Необходимо четко описать в законе порядок и последствия отказа от сделки о признании вины, после ее заключения.

Следует отметить, что судебная сделка позволит отказаться от дискуссии о необходимости введения упрощенных форм уголовного процесса, поскольку предлагаемый институт снимет нагрузку с правоохранительной и судебной систем, при этом, с одной стороны, создаст реальные условия для процессуальной экономии, а с другой, сделает незыблемым основной комплекс гарантий прав человека в уголовном процессе.

5. Отказ от инквизиционных атавизмов репрессивного уголовного процесса.

Предлагаем отказаться от деления оснований прекращения уголовного дела на реабилитирующие и нереабилитирующие, отнеся все основания к реабилитирующим. Кроме этого, считаем необходимым отказаться от института возвращения уголовных дел для производства дополнительного расследования из главного судебного разбирательства и последующих стадий уголовного процесса.

Само понятие нереабилитирующих оснований произрастает из средневекового института «оставления в подозрении», что в современном мире, где вопрос о виновности или невиновности решается в суде и только судом может быть определен размер и вид наказания, просто неуместно. Поражение в правах, возникающее в связи с существованием нереабилитирующих оснований, ведет к стигматизации лиц, побывавших в орбите уголовного процесса, ограничивает их потенциальные гражданские возможности, ведет к криминализации общества и способствует коррупции среди правоохранительных органов. В этой связи считаем необходимым внести соответствующие изменения не только в уголовно-процессуальное, но и иное законодательство.

Возвращение уголовных дел для дополнительного расследования из главного судебного разбирательства есть атавизм советского уголовного процесса, который до сих пор используется органами уголовного преследования при завуалированном содействии судебной системы для восполнения пробелов в доказательственной базе. Дополнительное расследование, как правило, является «вторым шансом» для выигрыша дела стороной обвинения, но не защиты, поскольку в режиме следствия эта сторона весьма ограничена в своих возможностях и скорее является объектом правоприменения, чем его полноценным субъектом. Поэтому полагаем необходимым в целях полноценной, а не декларативной реализации принципов презумпции невиновности и равенства сторон в уголовном процессе, полностью отказаться от этого устаревшего и скомпрометировавшего себя института. При этом вполне возможно оставить эту процессуальную возможность для стадии предания обвиняемого суду прокурором, а также в результате предварительного слушания дела.

6. Реформа суда присяжных в уголовном процессе. Важнейшим направлением правовой реформы в Республике Казахстан является дальнейшее усиление независимости судебной системы, объективности и беспристрастности рассмотрения уголовных дел. Для достижения этих целей полагаем целесообразным продолжить совершенствование института народного представительства при отправлении правосудия и, в частности, суда с участием присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве. Суд присяжных в Казахстане показал свою жизнеспособность и потенциал, продемонстрировал, что страхи и опасения, имевшие место перед его внедрением, оказались надуманными и неверными.

Для повышения эффективности суда присяжных полагаем необходимым перейти к англо-американской модели такого суда, предоставив разрешение вопроса факта непосредственно самим представителям народа в совещательной комнате без участия профессиональных судей.

Очевидно, что подсудность суда присяжных должна быть расширена, поскольку древнее право на суд равных можно обеспечить только возможностью народного участия при разрешении значительного количества уголовных дел. Каждому гражданину должно быть предоставлено право требовать рассмотрения его дела судом присяжных, как на этапе следствия, так и в период предварительного судебного слушания. Это право должно разъясняться при предъявлении обвинения, при окончании расследования и перед началом главного судебного разбирательства. Права сторон при формировании коллегии присяжных должны быть уточнены и расширены. Так, в частности, стороны должны иметь возможность непосредственно задавать вопросы кандидатам в присяжные заседатели, количество немотивированных отводов должно быть увеличено. Кроме этого, следует предусмотреть применение открытой и понятной для сторон процедуры случайной выборки из общего списка кандидатов в присяжные заседатели, подлежащих включению в предварительный

состав коллегии. Присяжные должны присутствовать при оценке допустимости доказательств, если этот вопрос возник в связи с жалобами подсудимых на пытки и иное жестокое обращение.

7. Совершенствование судебных стадий уголовного процесса. Необходимо вернуться к классической системе стадий уголовного процесса и предусмотреть использование по мере необходимости всех форм пересмотра судебных решений в том виде, в котором они исторически сложились в большинстве развитых государств, а именно понимать под апелляционным производством повторное рассмотрение дела в полном объеме, в кассационном порядке пересматривать решения судов только в объеме поданных жалоб (протестов), т.е. по вопросам права, а к надзорному производству отнести ревизию ранее принятых по делу судебных решений только на предмет соблюдения требований законодательства, без пересмотра вопросов факта, также в объеме поданных жалоб и протестов только в сторону улучшения положения осужденного.

Разумеется, перечисленные стадии должны применяться далеко не по всем категориям уголовных дел и не во всех случаях. Апелляционное и кассационное производства следует сделать возможными по всем категориям уголовных дел. В законе следует предусмотреть ограничения на пересмотр решений, вынесенных судом с участием присяжных заседателей. Оправдательные приговоры суда присяжных не должны быть пересмотрены. Очевидно, что вердикт присяжных не может быть отменен в порядке кассации или надзора. Такого рода дела должны обжаловаться (опротестовываться) в кассационном порядке, и в случае отмены приговора с последующим обязательным пересмотром новым составом суда присяжных и лишь по ограниченному перечню оснований.

РАЗДЕЛ 4. УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Будущее уголовно-исполнительной системы во многом зависит от степени зрелости гражданского общества, сохранения либеральных тенденций уголовной политики, совершенствования деятельности различных звеньев государственного управления и развития концептуальных подходов к определению стратегии борьбы с преступностью и обеспечению безопасности общества. В связи с этим можно выделить следующие векторы национальной уголовно-исполнительной политики.

1) Конвергенция. Российский профессор В.А. Уткин еще в 90-х годах минувшего века писал о возможности конвергенции тюремной и колониальной системы исполнения наказания в виде лишения свободы, как о вероятной модели ее развития. Полагаем, что конвергенция может иметь более широкое смысловое значение, и не исчерпывается только взаимопроникновением элементов этих двух систем. Представляется, что путь конвергенции это путь сближения и взаимодействия советской колониальной и «западной» модели исполнения наказаний и мер уголовно-правового характера, в том числе и не связанных с изоляцией от общества. В перспективе это будет означать появление у отечественных уголовно-исполнительных инспекций (УИИ) признаков и особенностей характеризующих европейскую службу пробации. Одновременно с этим инспектор УИИ будет приобретать статус социального работника, психолога, менеджера организующего процесс управления исполнением альтернативных мер. Наряду с этим в сугубо колониальной национальной уголовно-исполнительной системе по мере уменьшения количества заключенных могут объективно проявляться тюремные начала. В конечном итоге конвергенция приведет к изменению ментальности, мышления сотрудников уголовно-исполнительной системы. Обусловит трансформацию их сознания в плане перехода от психологии силового ведомства к установке психологии управления процессом ресоциализации осужденного.

2) Демилитаризация. Неизбежным сопутствующим звеном и даже следствием конвергенции УИС является ее демилитаризация. Следует отметить, что идеология демилитаризации была связана еще с начальным этапом реформирования национальной уголовно-исполнительной системы. У данного процесса имеются свои плоды: поэтапный переход УИС в 2002 году в гражданское ведомство – в Министерство юстиции РК (в 2004 году произошла передача СИЗО); создание психологической службы в учреждениях исполняющих наказания в виде лишения свободы; сотрудничество УИС с международными и национальными организациями правозащитной направленности. Однако демилитаризация далеко не завершена. Ее полное осуществление произойдет тогда, когда в ментальности сотрудника пенитенциарных учреждений будут преодолены установки «синдрома борьбы с противником», отражающие психологию войны с преступностью силовыми методами. Кроме того, внедрение тюремных начал в отечественную пенитенциарную практику, создание и развитие службы пробации и ее аналогов полностью позволит преодолеть милитаристские и военизированные традиции в профессиональной подготовке сотрудников УИС во взаимоотношениях с осужденными. Отпадет необходимость организации отрядной системы отбывания лишения свободы, которая копирует структуру армейских подразделений. Из уголовно-исполнительного законодательства должны исчезнуть положения, предусматривающие обязанность инспекторов УИИ осуществлять первоначальные розыскные мероприятия относительно осужденных, уклоняющихся от контроля. Сохранение этих функций за УИИ противоречит международным стандартам в сфере применения альтернатив лишению свободы, и отдает дань милитаристским началам УИС советской эпохи.

3) Камерная система. Процессы конвергенции и демилитаризации УИС должны привести к постепенному отходу от казарменных условий содержания заключенных и замене их условиям содержания камерного типа. Полагаем, что такая трансформация позволит обеспечить более безопасное проживание заключенных, минимизирует тюремное насилие, а также приведет к сокращению фактов нарушения прав и свобод человека. Мы отдаем

отчет в огромной сложности данного процесса. Нужно учитывать, что полному воплощению тюремных начал в национальной пенитенциарной практике будут препятствовать следующие объективные обстоятельства:

а) Сравнительно высокая затратность тюремной модели. Колонийская модель выглядит гораздо дешевле в экономическом аспекте. Так, например, в Швейцарской конфедерации содержание одного заключенного обходится налогоплательщикам в более 600 швейцарских франков в день, а в США – исчисляется сотнями долларов.

б) Существующая субкультура большинства заключенных, в которой переплетаются сочетания традиции советского коллективизма и национального менталитета, отличающегося от индивидуалистического менталитета западных обществ. Психологическая установка «всем миром» облегчает заключенным выживаемость. Они чувствуют свою сплоченность, взаимопомощь и взаимовыручку и, возможно, болезненно воспримут переход от казарменно-общежитских к камерно-комнатным условиям содержания. Кроме того, недовольством осужденных, способных увидеть в подобных изменениях угрозу разобщения, могут воспользоваться неформальные лидеры заключенных, так называемые криминальные авторитеты. Криминальные авторитеты в условиях тюремной системы теряют то влияние, которое обычно имеется в системе колонийской.

в) Необходимо отметить и специфику отечественного уголовно-исполнительного законодательства, в котором тюремные условия, так же как и в российском УИК, связаны с условиями отбывания наказания в виде лишения свободы наиболее опасной в криминогенном отношении части заключенных. Так, например, в тюрьмах содержатся лица, осужденные к пожизненному лишению свободы, виновные в особо опасном рецидиве преступлений, кроме того, в помещения камерного типа (ПКТ) водворяют осужденных - злостных нарушителей порядка и условий отбывания наказания. Таким образом, что в странах западного типа считается нормой «тюремное, покамерное содержание заключенных», а у нас, по сути, выступает своего рода патологией и именно так воспринимается сотрудниками пенитенциарных учреждений и самими заключенными. Такие стереотипы трудно менять. Необходимо изменение самого характера тюремного заключения как наиболее суровой меры наказания и состыковка его со стандартами отбытия наказания в соответствии с международными стандартами.

Вышеперечисленные факторы в своей совокупности будут серьезно сдерживать укрепление современных тюремных начал в национальной пенитенциарной доктрине и практике. Действительно невозможно сразу же отбросить все черты колонийской системы, тем более конвергенция этого не предполагает, а говорит о выравнивании и сближении колонийской и тюремной модели. В тоже время есть существенный потенциал для реализации перехода к современной тюремной практике, которая бы сочетала положительные элементы других развитых систем, а также сохраняла бы позитивные стороны колонийской системы.

Снизить влияние факторов, которые тормозят процесс конвергенции можно и нужно, кроме других средств, только через существенное уменьшение тюремного населения. В тюрьмах должны содержаться лишь те заключенные, что действительно представляют серьезные риски, а остальным следует пребывать в колониях, которые должны эволюционировать в открытые тюрьмы в их современном понимании. Ведь исторически колонии были изначально рассчитаны на большие группы заключенных (классический пример – сталинский ГУЛАГ), а если их численность невелика, то отрядная система попросту не нужна. Она должна заменяться проживанием в помещениях, устроенных по типу кампуса. Такой постепенный переход будет не только менее затратным, но позволит экономить на расходах, характерных для развитых пенитенциарных систем.

В этом ключе, еще раз подчеркнем, требуются не только законодательные изменения по созданию эффективной системы альтернатив лишению свободы и улучшению условий содержания, но и практическая разъяснительная работа по преодолению установок

негативного отношения к камерному содержанию среди самих заключенных и сотрудников УИС. Они должны перестать воспринимать тюремную камеру как место дисциплинарного наказания (карцер) или размещения особо опасных преступников, но - как средство безопасного проживания в пенитенциарном учреждении, позволяющего осужденному сохранить свое человеческое достоинство. Другими словами безопасность осужденных должна быть обеспечена не через полную изоляцию, сколько через создание условий для их проживания в безопасных условиях, где им предоставлена возможность находиться отдельно от других осужденных.

Сотрудники пенитенциарных учреждений должны понимать, что такие новые тюремные условия должны соответствовать в полной мере международным стандартам, даже идти на несколько шагов вперед,

4) Альтернативы тюремному заключению. Кроме вышеназванных приоритетов представляется важным следующие направление – дальнейшее сокращение численности тюремного населения, совершенствование системы альтернативных мер. Мы уже говорили выше о том, что тактически такая реформа позволит приблизить пенитенциарную систему Казахстана к мировым стандартам. Однако, альтернативы лишения свободы не должны восприниматься как временные меры. Это должен быть осознанный и постоянный стратегический выбор уголовной политики государства.

Для расширения использования альтернатив лишению свободы необходимы существенные законодательные изменения.

В национальном уголовном законодательстве до сих пор не отражены в полной мере рекомендации Минимальных стандартных правил ООН, касающихся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних («Пекинские правила»), которые касаются применению лишения свободы к несовершеннолетним в исключительных случаях. В настоящее время ни одно из четырех воспитательных колоний в стране не пустует (на 1 июня 2009 года в воспитательных колониях республики отбывали наказание 509 несовершеннолетних), а между тем имплементация упомянутой международной нормы в УК РК позволила бы в значительной мере уменьшить показатель направления несовершеннолетних в пенитенциарные учреждения.

Заслуживает определенной корректировки подход законодателя к срокам лишения свободы, очевидно, что за преступления, не являющиеся тяжкими и особо тяжкими, срок лишения свободы должен быть кратким, незначительным, а с учетом рекомендаций психологов не более трех лет.

Требуется совершенствования механизма институционального и правового механизма альтернативных санкций, которые можно решить только через создание службы пробации.

5) Общественный контроль. Важнейшим условием дальнейшего цивилизованного развития уголовно-исполнительной системы является общественный контроль.

Следует разработать и внедрить систему общественной аккредитации исправительных учреждений, базирующихся на международных и национальных стандартах менеджмента качества. Результаты подобной аккредитации должны влиять на финансирование учреждений, заработную плату их сотрудников, служебное продвижение персонала и даже разрешение вопроса дальнейшей деятельности конкретного исправительного учреждения, получившего низкий рейтинговый бал по оценке качества работы с осужденными, уровня соблюдения прав и свобод человека. Для этого следует отказаться от сугубо ведомственного (государственного) контроля за деятельностью исправительных учреждений. Такую аккредитацию можно было осуществлять через независимые негосударственные аккредитационные центры, которые, например, успешно функционируют в США (Американская ассоциация исправительных учреждений).

Кроме того, в поле зрения общественного контроля должны находиться не только пенитенциарные учреждения, но и службы, исполняющие альтернативные виды наказаний. Данный вид контроля нельзя свести к деятельности существующих общественных наблюдательных комиссий (ОНК), круг субъектов гражданского контроля должен быть гораздо шире за счет представителей правозащитных организаций, академических кругов, религиозных объединений и благотворительных фондов. Список субъектов общественного контроля должен быть открытым. Такой контроль будет являться важной предпосылкой превенции жестокого обращения и пыток. Особенно это актуально в связи с международными обязательствами Казахстана создать национальный превентивный механизм против пыток (НПМ) в конце 2009 года.

6) Ресоциализация осужденных. Наряду с этим ключевым звеном развития УИС выступает ресоциализация осужденных. Ресоциализацию следует рассматривать в двух взаимосвязанных факторах. К внутренним относятся позитивные изменения ценностных ориентаций в поведении, в установках осужденного, то что отечественные законодатели называют исправлением. К внешним следует отнести трудовую адаптацию осужденного и возможность получения им важнейших социальных благ: образования, медицинской помощи, социальных гарантий и компенсаций.

Для общества и отдельного осужденного, находящегося в местах лишения свободы, в плане его ресоциализации исключительно важно получение образования в обычном гражданском учебном заведении, получение медицинской помощи в учреждениях гражданского здравоохранения. Осужденный должен не только получить образование, но и перестать смотреть на мир глазами арестанта. Это можно сделать лишь в гражданском учебном заведении.

Недопустимо исключительно ведомственное тюремное здравоохранение и образование, поскольку это ставит в зависимость от пенитенциарной администрации врачей и педагогов, работающих с осужденными, что создает различные предпосылки для злоупотреблений и нарушений прав и свобод человека. В этом плане Казахстану еще предстоит сделать ряд решительных шагов. Иначе мы никогда не сможем создать гражданскую тюремную службу в Казахстане.

Требуют пересмотра стандарты питания осужденных, которые ранее, по существу, предполагали только базовое питание. От качества питания осужденных во многом зависит их физическое здоровье, психологическое самочувствие и отношение к персоналу УИС, а значит и готовность к ресоциализации.

Полагаем, что требования к продовольственному обеспечению заключенных должны учитывать не только показатели калорийности пищи, но и эстетические аспекты, условия приготовления и вкусовые качества. В связи с этим интересен опыт европейских и североамериканских государств, где сотрудники исправительных учреждений употребляют ту же пищу, что и заключенные, приготовленную в одних и тех же условиях. Несомненно, это способствует большему доверию между заключенными и персоналом тюремной системы. Представляется, что в аспекте ресоциализации также значимы такие «мелочи», как одежда и обувь осужденного, их внешний вид. По-видимому, необходимо отказаться от требований ношения одежды уставленного образца, стандартной прически, поскольку подобные меры возводят барьер между заключенными и гражданским населением. Колонийская система не «рухнула», когда женщинам-осужденным разрешили пользоваться косметикой. Если осужденным будет позволено иметь одежду и обувь, учитывающие их индивидуальные и личностные особенности, по нашему мнению, никаких негативных последствий не следует ожидать. Наоборот, это открывает хорошие возможности для разворачивания социальной реабилитации в пенитенциарных учреждениях.

7) Сотрудники УИС. Несомненно, заслуживает пристального внимания такой фактор, как образовательная и профессиональная подготовка сотрудников УИС. Полагаем, что она выступает неизбежным спутником цивилизованного гуманного развития системы, и ее приближение к ориентирам демократического общества и правового государства. Полагаем,

что в образовательной и профессиональной подготовке нужно четко обозначить гражданские немилитаристские начала. Необходимо постепенно уйти от задач по обучению сотрудника-военнослужащего, специалиста по оперативной работе, владеющего правилами рукопашного боя и строевой подготовки, умеющего пользоваться огнестрельным оружием.

Сотруднику современного пенитенциарного учреждения, а особенно такого, в котором будут преобладать черты современного тюремного типа, более важно обладать знаниями, умениями и навыками в области организации социальной работы, предупреждения асоциального, криминального, виктимного поведения заключенного, в сфере пенитенциарной психологии, педагогики, менеджмента тюремного дела и функционирования служб, исполняющих альтернативные наказания. Так как образование процесс тройственный, включающий в себя обучение, воспитание и развитие личности, следует акцентировать внимание на программах подготовки сотрудников УИС, в формировании у них ценностных ориентаций в духе уважения прав и свобод человека. Нужно развивать в сотрудниках стремление внедрять и использовать инновационные методы и технологии социальной работы с осужденными.

В своей деятельности сотрудники уголовно-исполнительной системы Казахстана должны опираться на научные разработки и новейшие исследования, изучать мировой опыт. В связи с этим следует развивать аналитические и исследовательские службы УИС.

Большое внимание необходимо уделить повышению социального и правового статуса сотрудника уголовно-исполнительной системы, которое выражается в том, чтобы в обществе сложилось понимание того, что они выполняют важную, ответственную и сложную функцию современного государства. Сотрудник уголовно-исполнительной системы должен иметь достойный социальный пакет, позволяющий ему максимально эффективно выполнять свои профессиональные функции и восстанавливать свои духовные и физические силы. Это позволит минимизировать уровень коррупции в органах и учреждениях уголовно-исполнительной системы нашей страны. Данные меры позволят избежать профессиональной деформации и разрушения личности сотрудника уголовно-исполнительной системы, поднять престиж этой профессии.

В своей деятельности сотрудники уголовно-исполнительной системы должны руководствоваться Европейскими пенитенциарными правилами, одобренными Советом Европы в 2006 году.

Последовательно реализуя данные направления, мы постепенно придем к эффективной, гуманной и безопасной уголовно-исполнительной системе будущего.

РАЗДЕЛ 5. АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОЕ ПРАВО (ПРАВО АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ)

1. Состояние института административной ответственности в Республике Казахстан.

Институт административной ответственности в Республике Казахстан не подвергался основательным изменениям в постсоветский период. Действующий Кодекс об административных правонарушениях 2001 года (далее – КоАП) нужно рассматривать как акт переходного периода от советского правового регулирования к европейскому, основанному на принципе верховенства права. Среди важнейших проблем в этой сфере следует отнести следующие.

Существование судебной юрисдикции в административно-деликтной процедуре. С принятием нового КоАП перечень дел об административных правонарушениях подсудных судам чрезвычайно увеличился, и теперь они занимают львиную долю деятельности судей. Таким образом, законодатель старался защитить права лиц, которые привлекаются к ответственности, от произвола представителей административных органов и уменьшить уровень коррупции. Но эти меры привели к обратному результату - такие дела судьи часто рассматривают практически без надлежащего слушания, что как раз таки только порождает еще большую коррупцию.

Принцип разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную ветви, закрепленный в части 4 статьи 3 Конституции РК, делает невозможным существование такой ситуации в дальнейшем. Если в СССР власть считалась единой, то не имело значения, какой орган применяет административное взыскание (исполнительный комитет городского совета народных депутатов, инспектор по надзору за охраной труда или районный народный суд). Судебные органы в демократическом обществе уполномочены осуществлять только правосудие и не выполнять полномочий органа исполнительной или законодательной власти, и наоборот. Кроме этого, в делах об административных правонарушениях суд одновременно выполняет функции обвинения (при зачитывании протокола о нарушении и «поддержке обвинения»), защиты (во время поиска «оправдательных» доказательств) и правосудия (при разрешении дела).

А создание административных судов специально для рассмотрения дел об административных правонарушениях не соответствует европейской административно-правовой доктрине. В любом европейском государстве, где создана система административной юстиции, административный суд уполномочен рассматривать только иски частных лиц против государства, но не наоборот (дела «государство против лица», по примеру производства об административных правонарушениях).

Эклектичность материального административно-деликтного законодательства.

Среди нынешних административных правонарушений присутствует большое количество деяний, которые по своей природе не могут и впредь оставаться в сфере административно-деликтного права («административные правонарушения» уголовно-правового характера, гражданско-правового характера, нарушения, которые одновременно являются предметом гражданской юстиции). Наличие этих нарушений объясняется природой советского административного права.

1) «Административные правонарушения» *уголовно-правового характера*. Наиболее частые нарушения (мелкое хулиганство, мелкая кража и т.п.) были перенесены из уголовного в административное право, что позволило формально уменьшить количество совершенных уголовно-наказуемых деяний и отчитываться о снижении преступности и преобладании советского общества над капиталистическим. Вместе с тем в европейских странах такие действия всегда были и остаются частью уголовного права.

2) «Административные правонарушения» *гражданско-правового характера*. Такие правонарушения вытекают из договорных или внедоговорных отношений (например,

нарушение условий договора или повреждение разных видов имущества и т. д.). В большинстве случаев речь идет о защите административно-правовыми мерами права государственной собственности. Такой способ регулирования нарушает положение части 1 статьи 6 Конституции РК, согласно которой в республике «признаются и равным образом защищаются государственная и частная собственность». Нарушение права частной собственности влечет за собой только возмещение причиненного ущерба, а нарушение государственной собственности – возмещение ущерба и взыскание административного штрафа.

Кроме того, существенная часть «административных правонарушений» создает неоправданную конкуренцию между полномочиями судов по рассмотрению дел об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих (глава 27 ГПК) и положениями КоАП.

Установление значительного количества административных правонарушений должностных лиц, направленное якобы на укрепление защиты прав граждан, к самой защите не имеет отношения (например, статья 256 «Нарушение установленных сроков рассмотрения ходатайств о предоставлении земельных участков», статья 361 «Отказ в постановке на налоговый учет или нарушение сроков постановки на налоговый учет» КоАП). Основными проблемами реализации этих положений являются:

1) *Несовершенство процедуры привлечения к административной ответственности.* Лицо в этой процедуре лишено возможности самостоятельно защитить свои права. Начало производства зависит от решения контролирующего органа о составлении/несоставлении протокола.

2) *Объективная невозможность исчерпывающе определить содержание всех возможных нарушений прав лица в деятельности органов власти.*

3) *Отсутствие гарантий реализации прав граждан.* При установлении факта правонарушения принимается постановление о наложении административного штрафа на соответствующее должностное лицо. Но это решение не заставляет упомянутого чиновника восстановить нарушенные права. Система действующих норм об административной ответственности не дает и не может дать ответ на эту проблему. Даже следование всем процедурам не гарантирует выполнения задачи по защите прав граждан.

4) *Некорректное соотношение административной и дисциплинарной ответственности служащих.* Нарушения порядка осуществления служебных обязанностей должны преследоваться в дисциплинарном порядке с применением соответствующих взысканий от выговора вплоть до увольнения. Одними только механизмами административной ответственности невозможно достичь дисциплины в государственной службе и минимизировать случаи нарушения прав лица во время выполнения чиновниками своих служебных обязанностей. Этот путь бесперспективен и должен быть заменен мерами по повышению действенности института дисциплинарной ответственности.

Несовершенство перечня субъектов административной ответственности.

Определение особенностей административной ответственности военнослужащих, прокуроров и иных лиц, на которых распространяется действие дисциплинарных уставов либо специальных положений, *нарушает принцип равенства всех перед законом и судом* (статья 14 Конституции), рассматриваемый в европейской доктрине как неотъемлемая часть принципа верховенства права. Эти положения разрешают указанным лицам избегать административной ответственности за совершение большинства административных проступков вследствие распространения на них соответствующих дисциплинарных уставов и положений.

Возможность одновременного привлечения к ответственности физического и юридического лица за одно административное правонарушение (часть третья статьи 36 КоАП) нарушает принцип *ne bis in idem*, предусмотренный рекомендацией Комитета министров Совета Европы об административных санкциях 1991 года. Поскольку административные правонарушения могут совершаться субъектами малого или среднего предпринимательства, в которых одно и то же физическое лицо является и собственником, и руководителем юридического лица. Поэтому одновременное наложение штрафа на руководителя и юридическое лицо фактически будет осуществляться за счет средств физического лица.

Нарушение презумпции невиновности в случаях, когда при составлении протокола об административном правонарушении подозреваемое лицо уже считается «совершившим административное правонарушение» (часть 4 статьи 635 КоАП).

Нарушение принципа законности при определении административно-наказуемых деяний. Согласно этому принципу в сфере административных санкций действует правило: «никакой ответственности без закона», т.е. государству вменяется в обязанность определять составы наказуемых деяний и санкции за них исключительно в законах. В статьях Особенной части КоАП предусматривается большое количество правил, порядков, требований, «установленных законодательством», нарушение которых влечет за собой ответственность. Содержание понятия *законодательство* является более широким, чем понятие *закон*. А акты законодательства, имеющие меньшую юридическую силу, чем законы, в своем большинстве не соответствуют требованиям качества, доступности и ясности, выведенным для законов Европейским судом по правам человека.

Формализм и бюрократичность административно-деликтного производства предполагались при принятии советского КоАП как заслон от своеволия и злоупотреблений государственных органов. На каждое процедурное действие государственный орган обязан составлять письменные протоколы. Но такая формализация имеет другую сторону, которая отрицательно отражается на соблюдении прав лиц в производстве. При отсутствии письменного протокола в понимании КоАП и нет задержания лица, его обыска, изъятия предмета или документа и т. д. Другой проблемой являются признания протоколов средством установления доказательств в деле об административном правонарушении (часть 2 статьи 604 КоАП), что заставляет заинтересованный в результатах производства орган власти «создавать» доказательства.

Формализация начала производства также не идет в пользу правового регулирования деятельности административных органов. Ведь без составленного протокола об административном правонарушении считается, что само производство отсутствует. А учитывая, что протокол об административном правонарушении оформляется только при наличии лица, то возникают ситуации, когда деятельность административных органов согласно Кодексу не считается административным производством. Но служебные лица административного органа очень часто обнаруживают факты нарушений при отсутствии лиц (например, оставленный в неразрешенном месте автомобиль, вырубленные в лесу деревья, уничтоженная рыба в водоеме и т. п.). Для установления «подозреваемых» лиц необходимо проведение определенного количества действий, которые влекут за собой растрату служебного времени, государственных средств и других ресурсов.

Полномочие административных органов на **применение большого количества мер принуждения** (задержание лица, его обыск, изъятие предмета или документа) предопределяется существованием в административно-деликтном праве большого количества составов нарушений с уголовно-правовым содержанием.

Очень опасным следует признать возможность неправомерного использования результатов административного производства при расследовании уголовных дел. Законодательные стандарты защиты прав лиц в административно-деликтной процедуре обоснованно являются ниже аналогичных стандартов уголовного процесса. Но с помощью

принудительных действий в пределах административного права могут быть получены доказательства, важные для уголовного производства. Расширение судебного контроля за досудебным расследованием приведет к тому, что административно-деликтная процедура станет своеобразной лазейкой для возможных злоупотреблений со стороны органов государственной власти, которые будут стараться собирать доказательства в уголовных делах с помощью административных норм, которыми не предусмотрен надлежащий судебный контроль.

Ведомственное подчинение органам внутренних дел мест содержания лиц, подвергнутых административному аресту (статья 727 КоАП). В этом случае имеет место конфликт интересов, который основывается на невозможности объединения в одном органе государственной власти полномочий по преследованию нарушителей и исполнению назначенных наказаний.

Но наиболее важной проблемой является отношение законодателя и правоприменителей к институту ответственности за административные правонарушения. Логика изменений к КоАП в последнее время свидетельствует о том, что к нему в большинстве случаев относят все те противозаконные действия, которые законодатель не считает нужным преследовать в уголовном порядке. При этом забывается, что административно-деликтное законодательство имеет свой предмет, свой объект и свою ценность для правовой системы. От этого страдает качество законодательства об административных проступках, которое превратилось в собрание каузальных правил (по примеру средневекового права), лишенное необходимой степени обобщения.

II. Направления реформы

1. Административные проступки (правонарушения, деликты) должны быть подведомственны лишь органам исполнительной власти, исполнительным органам местного самоуправления, т.е. административным органам. Другие субъекты (в том числе учреждения, организации, предприятия) могут получать полномочия относительно привлечения частных лиц к административной ответственности лишь в случае делегирования им функций публичной администрации согласно закону. Из перечня органов, уполномоченных привлекать к ответственности за совершение административных проступков, необходимо изъять административные суды.

Большая часть административных правонарушений, дела о которых сейчас рассматриваются судом, перейдут в подведомственность органам исполнительной власти.

Другая часть этих правонарушений останется в судебной юрисдикции, но при этом они должны быть классифицированы как «уголовные (подсудные) проступки» и не могут относиться к административному законодательству (например, мелкое хищение чужого имущества, мелкое хулиганство, распространение сведений о виновности в совершении преступления, распитие спиртных напитков или появление в общественных местах в пьяном виде и т. д.).

2. С учётом практики Европейского суда по правам человека в делах об «уголовном обвинении», критериями для признания некоторых нынешних административных правонарушений уголовными (подсудными) проступками являются:

- 1) степень противоправности;
- 2) вид взыскания, например:
 - запрещение деятельности индивидуального предпринимателя;
 - ликвидация юридического лица;
 - принудительный снос незаконно возводимого или возведенного строения;
 - административный арест;
 - административное выдворение за пределы Республики Казахстан иностранца или лица без гражданства.

О необходимости внедрения уголовных (подсудных) проступков в Республике Казахстан свидетельствуют такие факторы:

- Дальнейшая гуманизация уголовного права путем преобразования отдельных преступлений в уголовные (подсудные) проступки. Уголовными проступками могут быть те преступления, за которые действующим ныне Уголовным кодексом не предусмотрено наказания в виде лишения свободы.

- Гарантирование судебной защиты прав лица в делах об «уголовном обвинении» по статье 6 Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод (относительно конфискации имущества, краткосрочного ареста и т. п.). Ни один другой государственный орган, кроме суда, не может принимать решения о применении к лицу указанных наказаний.

- Необходимость соблюдения международных обязательств Республики Казахстан. Большое количество международных договоров предусматривает необходимость внедрения уголовной ответственности за действия, которые по степени своей противоправности не могут быть отнесены к категории преступлений. Существование лишь одного вида уголовно-наказуемых действий (преступлений) заставляет законодателя признавать такие противоправные действия только преступлениями. Таким примером может быть международные требования о введении уголовной ответственности юридических лиц. Юридические лица не могут быть признаны субъектами преступлений. Они должны нести уголовную ответственность за уголовные (подсудные) проступки.

Реализация этой идеи не приведет к криминализации общества, поскольку эти преобразования будут криминализацией лишь по форме или названию, но не по содержанию. Поскольку ответственность за уголовные (подсудные) проступки не будет предусматривать лишение свободы, а осуждение лица за совершение уголовного (подсудного) проступка также не будет иметь последствием его судимость, и не будет влиять на реализацию в будущем этим лицом своих прав (на прохождение государственной службы и т. п.). С другой стороны, обвиненное в совершении уголовного (подсудного) проступка лицо получит все процедурные права и гарантии уголовного процесса и к нему будет невозможным применение предварительного ареста. С этой целью положения УПК могут предусматривать отдельные процедуры расследования и судебного разбирательства дел об уголовных (подсудных) проступках.

Составы уголовных проступков станут частью Уголовного кодекса. Возможным является также выделения в отдельном законодательном акте указанных противоправных действий под названием *уголовные проступки*. Таким образом, этот институт станет третьим в системе права, наряду с преступлениями и административными правонарушениями (деликтами). А название проступков будет свидетельствовать о распространении *судебной* юрисдикции на рассмотрение указанных дел.

В результате, нынешние административные правонарушения и взыскания за них станут *административными*, поскольку касаются нарушения только норм *административного* права, преследуются исключительно *административными* органами и наказываются лишь в *административном* (внесудебном) порядке.

3. Субъектами совершения административных правонарушений необходимо признать лишь физических и юридических лиц. Целесообразно отказаться от признания субъектами административных проступков должностных лиц, которые действуют от имени юридического лица. В советское время такая конструкция ответственности была обоснованной, учитывая государственную форму собственности подавляющего большинства предприятий, учреждений и организаций и представление их в конкретных правоотношениях «руководителем». Так, совершение нарушения предприятием имело следствием наложение штрафа на его директора и уменьшение его заработной платы и т. п. Привлечение к ответственности юридических лиц лишалось смысла, поскольку превращалось в

перекладывание средств из одного государственного кармана в другой. Этот механизм стал полностью непригодным для современного развития общества, экономики и права, когда и физические, и юридические лица являются равноправными участниками отношений. В этих случаях противоправным следует признать последствие невыполнения определённых правил (например, охраны природы, благоустройства и т. п.) именно юридическим лицом. А в пределах юридического лица должен решаться внутренний вопрос (вне института административной ответственности) о характере и границах ответственности его должностного лица.

В дальнейшем следует избегать определения особенностей ответственности за административные правонарушения специальных субъектов - военнослужащих и других лиц, на которых распространяется действие дисциплинарных уставов.

Орган государственной власти, орган местного самоуправления, их должностные лица во время выполнения своих полномочий не могут быть субъектами совершения административных правонарушений. Их деяния могут только обжаловаться заинтересованными лицами в административном или судебном порядке.

4. Административными взысканиями останутся лишь *предупреждение, штраф и кратковременные ограничения специального права* (лицензии, специального разрешения, квалификационного аттестата (свидетельства), приостановление деятельности индивидуального предпринимателя).

У административного органа **останется** возможность без решения суда изымать предметы, явившиеся орудием совершения или непосредственным объектом административного правонарушения, а равно имущество, полученное вследствие совершения административного правонарушения, запрещенные к свободному обороту (например, охотничье оружие без соответствующей регистрации). Этот правовой институт в европейских странах именуется «мерами безопасности», дополняет собой институт взысканий и может применяться независимо от привлечения/освобождения лица к (от) ответственности.

Необходимо изменить способ определения размеров штрафа, поскольку в кодексе существуют десятки разных масштабов штрафа. В будущем они могут распределяться в Общей части КоАП на несколько категорий, исходя из степени противоправности административных правонарушений.

Ни за совершение административных правонарушений, ни за уголовно-наказуемые деяния не будет применяться *административный (кратковременный) арест*. Его следует заменить общественными работами.

5. Процедура привлечения к ответственности физических или юридических лиц за совершение административных проступков должна регулироваться общими принципами закона об административной процедуре. Признание производства об административных правонарушениях разновидностью общего административного производства предопределяется потребностью обеспечения равных прав лиц в отношениях с публичной администрацией.

Нуждается в усовершенствовании процедура начала административного производства, которое будет осуществляться исключительно по факту, который содержит признаки административного деликта. Началом административного производства будет считаться обращение физического или юридического лица или получение административным органом информации иным образом. На соответствующих должностных лиц будет возлагаться обязанность начать административное производство немедленно после получения такого обращения или информации.

Необходимо минимизировать объём мер принуждения в процедуре применения обновленной системы административных взысканий. Должностные лица административных органов будут лишены права осуществлять принудительный осмотр лица, вещей, жилья или другого владения, принудительное установление состояния опьянения. Эти мероприятия будут проводиться только при добровольном согласии лица. Доказательства же, полученные в деле об административном правонарушении, могут быть допустимыми в гражданском или уголовном деле лишь в случаях, когда эти доказательства получены с соблюдением правил, предусмотренных гражданским процессуальным или уголовно-процессуальным законодательством.

Возможность оплаты представителю административного органа установленного штрафа на месте совершения деяния повышает коррупционность отношений и должна быть заменена на порядок уплаты исключительно через банковские учреждения.

В административно-деликтной процедуре нужно также реализовать в полной мере принципы равенства сторон и состязательности, что позволит стороне защиты самостоятельно привлекать экспертов, свидетелей и т. д.

6. Обновленное (очищенное) законодательство об административных правонарушениях (деликтах) должно избавиться также от ряда застарелых институтов.

Необходимая оборона остается обстоятельством, исключающим административную ответственность (статья 38 КоАП), до того времени, пока в кодексе присутствуют деяния с уголовно-правовым содержанием. Новая система административных деликтов сделает объективно невозможным совершить деяния, классифицируемые как необходимая оборона (защита личности, жилища, собственности, земельного участка и других прав обороняющегося или иных лиц, охраняемых законом интересов общества или государства от противоправного посягательства путем причинения посягающему вреда).

Положение об *освобождении от ответственности* вследствие малозначительности содеянного противоправного действия имеет значение для сферы уголовного права, но лишено смысла для административного деликтного права (статья 68 КоАП). Эффективнее применять административные взыскания за все выявленные административные нарушения.

РАЗДЕЛ 6. АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ

Развитие верховенства права в Казахстане требует преодоления понимания административного права, прежде всего, как карательной отрасли права. Административное право должно служить обеспечению прав человека и упорядочивать публичную администрацию (исполнительную власть и местное самоуправление) для выполнения этой миссии.

За последние десять лет предприняты существенные шаги по расширению сферы отношений, регулируемых административным законодательством. В частности приняты законы «О государственной службе» (1999), «Об административных процедурах» (2000), «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» (2001, в редакции закона 2009 г.), «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц» (2007), «О специальных социальных услугах» (2008).

Вместе с тем сохраняется большой потенциал для развития административного законодательства и эффективного внедрения его в жизнь. Главной целью современного развития административного законодательства является его переориентация на регулирование отношений по принципу служения государства человеку и оптимизацию системы органов публичной администрации для более эффективного обеспечения прав человека.

1. Публичная администрация. Публичная администрация охватывает исполнительную власть (правительство, центральные и местные органы государственного управления) и местное самоуправление (местное сообщество, маслихаты и другие органы местного самоуправления). Сегодня в Казахстане местное самоуправление находится на этапе становления.

Местное самоуправление является оптимальным механизмом для приближения административных и других государственных услуг к населению. Постепенно органы местного самоуправления заберут от государства функции, которые лучше всего реализовать на уровне местного сообщества (выделение земельных участков, регистрационные услуги, начальное образование, медицинские услуги, благоустройство территорий и т.п.).

В результате конституционной реформы 2007 г., а также внесения соответствующих изменений в законодательство в 2009 г. произошло некоторое смешение государственного управления и местного самоуправления. На сегодняшнем этапе необходимо четко разграничить полномочия и функции исполнительной власти и местного самоуправления, а также сферу ответственности между органами местного самоуправления различного уровня. Акимы, назначаемые как представители государственной власти, должны действовать на уровне областей и отвечать за проведение государственной политики на местах. Местные выборные органы, в том числе маслихаты, и учреждаемые ими исполнительные органы должны стать основой местного самоуправления. Государство передает им полномочия решать все вопросы местного значения вместе с бюджетом и необходимыми ресурсами. В населенных пунктах и районах акимы (мэры) будут избираться населением. Они председательствуют в соответствующем представительном органе и возглавляют исполнительный орган местного самоуправления.

Следует также специально урегулировать правовой статус служащих местного самоуправления.

Для эффективного выполнения своих функций местное самоуправление получит самостоятельные достаточные ресурсы. В частности это собственный бюджет, формируемый за счет местных налогов, предусмотренных законом (например, подоходного

налога с физических лиц, налога на землю и иную недвижимость, платы за пользование некоторыми природными ресурсами, налога на рекламу и т.п.), а также государственных субвенций, выделяемых в случае необходимости из государственного бюджета с целью выравнивания развития регионов.

Для упорядочения отношений между органами государственного управления, органами местного самоуправления может применяться такая форма правового регулирования как административный договор, основанный на принципе диспозитивности, административный договор также может применяться для регулирования определенных публичных правоотношений между органами публичной администрации и другими субъектами. Во многих случаях он заменит одностороннее властное решение публичной администрации и сделает отношения более прозрачными, равноправными и партнерскими.

Для повышения эффективности деятельности органов публичной администрации целесообразно создать в их структуре подразделения внутреннего мониторинга и контроля, которые на постоянной основе будут проводить аудит других структурных подразделений органа, подчиненных органов, организаций, предприятий, выявлять неэффективные меры, нарушения и т.п. и подавать руководству органа необходимые рекомендации. Деятельность подразделений внутреннего мониторинга и контроля будет способствовать также предотвращению и преодолению коррупции в органах публичной администрации. Функции таких подразделений, порядок их образования, взаимодействия с другими подразделениями следует четко определить. Они должны быть подчинены непосредственно руководству соответствующего органа.

Процесс принятия решений в органах публичной администрации должен быть максимально открытым и обеспечивать участие и контроль общественности. Для этого, в частности, целесообразно создать при государственных органах общественные советы из представителей заинтересованных общественных организаций, которые будут давать свои рекомендации по проектам важных решений соответствующего органа, по повышению эффективности его деятельности и т. п.

Проекты наиболее общественно важных нормативных правовых актов (например, которые будут иметь влияние на экологию, предпринимательскую деятельность и др.) должны публиковаться, в частности, на официальном сайте соответствующего органа. Их следует принимать только после рассмотрения всех замечаний и предложений представителей общественности, которые поступят в определенный срок. Нарушение такого порядка может стать основанием для отмены акта, если он негативно сказывается на правах человека или иных затрагиваемых субъектов.

2. Доступ к публичной информации. Прозрачность деятельности публичной администрации является гарантией ее подконтрольности общественности и ответственности перед человеком.

Деятельность администрации не будет достаточно прозрачной и понятной, если не гарантировать каждому право на доступ к публичной информации. Публичной является информация, которой располагают органы государственной власти и местного самоуправления и которая ими собрана или создана.

Существуют следующие виды доступа к публичной информации:

- 1) возможность каждого присутствовать на заседаниях органа публичной администрации, кроме случаев, когда они являются закрытыми;
- 2) опубликование информации органом публичной администрации (опубликование актов, пресс-конференций, интервью, распространение информации через официальные сайты и т. д.);
- 3) предоставление информации лицу по его запросу.

Общим должно стать правило: заседания органов публичной администрации являются открытыми для представителей средств массовой информации и общественности.

Следует четко определить режим доступа к публичной информации и исключительные основания для ограничения доступа к ней. Общим правилом должно стать то, что публичная информация является открытой и доступ к ней гарантируется. Закрытость (тайность) станет исключением, установленным на основании закона для целей, которые оправданы в демократическом обществе. Ограниченным может быть доступ только к информации, которая подпадает под это исключение. Основания для ограничения доступа должны быть сформулированы таким образом, чтобы избежать усмотрения органа при решении вопроса, предоставлять такую информацию или нет. В любом случае лицо не может быть ограничено в доступе к информации о нем, имеющейся в публичной администрации.

Информация, которая подлежит обязательному обнародованию органом, и способ такого обнародования будут четко определены. Нужно установить минимальный объем и виды информации, размещаемой на официальных сайтах органов публичной администрации (структура, задачи и полномочия органа; акты, регулирующие его деятельность; правовые акты, которые им приняты, а также проекты актов, готовящиеся к принятию; услуги, которые предоставляются органом, и порядок обращения за их получением; регулярные отчеты о деятельности; контактные данные и т. п.), а также сроки размещения информации, языки, на которых она должна предоставляться.

Для рассмотрения информационных запросов и предоставления на них ответов следует установить максимально короткие сроки. Нужно предусмотреть ответственность за непредоставление, незаконный отказ в предоставлении информации по запросу, предоставление неполной или недостоверной информации, ответы не по существу запроса, разглашение конфиденциальной информации о физическом лице без его согласия перед третьими лицами. Плата за предоставление информации может быть установлена лишь в случаях, если ответ на запрос требует создания новой информации (следует сделать новые подсчеты, исследования и т. д.) или фактические затраты на изготовление ответа довольно значительны.

Целесообразным является образование специального органа, который бы осуществлял эффективный контроль над деятельностью публичной администрации относительно обеспечения права на информацию и применял соответствующие меры ответственности, или же возложение таких функций на один из существующих органов.

Все эти вопросы будут решены в законе о доступе к публичной информации.

3. Административные услуги и процедуры. В разнообразии публичных услуг, предоставляемых государством или местным самоуправлением, следует выделить административные услуги. Административные услуги – это услуги публичной администрации, направленные на обеспечение условий для реализации прав физических или юридических лиц по их заявлению путем принятия властного решения или совершения властного действия (предоставление разрешения, лицензии, регистрация, выдача правоустанавливающих документов и т. п.).

С целью приближения этих услуг к потребителям нужно максимально децентрализовать их предоставление. Одновременно услуги различных органов публичной администрации, предоставляемые в определенной административно-территориальной единице, интегрируются в центрах обслуживания населения, которые работают по принципу единого окна. Это значит, что физическое или юридическое лицо может получить все или большинство услуг этих органов в одном месте, не разбираясь в хитросплетениях этих органов.

Технология предоставления каждой услуги должна быть тщательно отработана. Чтобы получить услугу, человек не должен собирать справки, разрешения и другие документы по

разным органам власти – это забота органа, который предоставляет услугу. Количество посещений центра обслуживания для получения услуги, как правило, не должно превышать два раза: для обращения за услугой с предоставлением необходимых документов и для получения результата услуги. Нужно также определить услуги, которые могут предоставляться по заявлениям, отправленным почтой или даже электронной почтой. Альтернативой второго визита может быть отправка необходимого официального документа почтой.

Предоставление административных услуг должно соответствовать высоким стандартам качества:

1) простота – для получения услуги к лицу выдвигаются лишь необходимые простые требования; внутренние согласования, проверки, сообщения внутри органа и между органами происходят без участия лица;

2) своевременность – услуга предоставляется не позднее определенного срока, по возможности как можно быстрее и с учетом потребностей человека в определенной ситуации;

3) доступность – услуги предоставляются в удобное время, в том числе в выходные дни, в одном месте, наиболее территориально приближенном, здесь же и оплачиваются, информация об услугах является открытой и легкодоступной, отсутствуют большие очереди;

4) внимательность к потребителю – чиновники органа относятся к потребителю с уважением, дают необходимые разъяснения, оказывают содействие в положительном решении вопроса;

5) равенство – отношение к потребителям одинаково хорошее, вопрос при одинаковых обстоятельствах решается одинаково;

6) справедливая стоимость платных услуг – плата за услугу обычно не превышает себестоимости и одинаковая для определенной услуги вне зависимости от места ее предоставления по всей республике. Внесение платы дает потребителю право требовать предоставления услуги на должном уровне. Административные услуги, которые касаются реализации основных прав и свобод человека, пенсионного и социального обеспечения, должны оставаться бесплатными.

Процедуры предоставления административных услуг и другие административные процедуры, в которых участвует лицо, должны быть детально регламентированы на законодательном уровне. Актуальным является вопрос о трансформации закона об административных процедурах в Административный процедурный кодекс. Прежде всего, он четко урегулирует административные процедуры, которые начинаются по заявлению лица, в том числе процедуры по предоставлению административных услуг в центрах обслуживания населения, а также «вмешательные» процедуры (процедуры *ex officio*), т. е. начинающиеся по инициативе органа публичной администрации. Это необходимо для уменьшения сферы усмотрения чиновников и предотвращения возможного произвола. Отдельное место в кодексе могут занимать процедуры заключения административных договоров.

Административный процедурный кодекс следует построить по принципам отношений публичной администрации с лицом, признанных в демократических странах. Такими принципами, в частности, являются:

1) верховенство права – приоритет прав и свобод человека и гражданина; справедливость и гуманизм в деятельности публичной администрации; уважение человеческого достоинства; недопустимость применения закона способом, который приведет к нарушению неотъемлемых прав человека;

- 2) законность – осуществление деятельности органами публичной администрации лишь на основании, в пределах полномочий и способом, предусмотренных Конституцией Казахстана и законодательными актами; принятие подзаконного нормативного правового акта только на основании законодательного полномочия; недопустимость установления полномочий и процедурных правил, которые касаются человека, самим органом для себя; использование полномочия органа только в целях достижения цели, для осуществления которой такое полномочие было предоставлено;
- 3) официальность – принятие органом публичной администрации всех мер для полного выяснения обстоятельств дела, в том числе принятие мер по выявлению и истребованию доказательств по собственной инициативе; выяснение подлинного волеизъявления лица, а если лицо не обладает достаточной информацией об административном производстве, то предоставление лицу консультаций по значению различных ходатайств и действий;
- 4) беспристрастность – требование к чиновникам не иметь личной неправомерной заинтересованности в результатах решения дела, наличие механизмов отвода и самоотвода;
- 5) добросовестность – обязанность чиновника действовать с преданностью определенным законом задачам и искренним намерением достигнуть поставленных целей, руководствуясь здравым смыслом и общепринятыми нормами морали;
- 6) равенство перед законом – одинаковое разрешение одинаковых по обстоятельствам административных дел, недопущение дискриминации либо привилегий;
- 7) пропорциональность – разумное соотношение между целями и средствами их достижения, при котором неблагоприятные последствия для прав лица вследствие решения публичной администрации должны быть значительно меньшими, чем тот вред, который мог бы наступить при отсутствии такого решения;
- 8) доступ к информации – предоставление лицу информации обо всех фактах, касающихся принятия решения органом публичной администрации в его деле, до принятия такого решения;
- 9) право лица быть выслушанным – предоставление лицу возможности высказать (устно или письменно) органу публичной администрации свое мнение в его деле, прежде всего, когда предусматривается принятие неблагоприятного для лица решения;
- 10) право на помощь и представительство – обязанность органа публичной администрации содействовать лицу в реализации его прав, предоставление консультаций; право лица участвовать в административной процедуре как лично, так и через представителя;
- 11) соблюдение разумного срока – обязанность органа публичной администрации решить административное дело до наступления обстоятельств, при которых теряется смысл принятия желаемого для лица решения;
- 12) обоснованность решения органа – изложение органом публичной администрации фактического и правового обоснования принятого решения, прежде всего, в случае когда решение негативно влияет на права и интересы лица; объем обоснования должен быть достаточным, чтобы понять мотивы органа в принятии именно такого решения;
- 13) обязанность указания средств правовой защиты – указание в решении органа публичной администрации порядка его обжалования, то есть информации, необходимой для подачи жалобы (иска), в том числе об органе, уполномоченном рассматривать жалобу (иск), сроки обжалования.

Право лица быть выслушанным должно быть гарантированным в случае проведения слушания (устного разбирательства) в деле. На органе лежит обязанность провести слушание и пригласить на него заинтересованных лиц, если принятие решения может повлечь за собой негативные последствия для их прав либо интересов, если участники административной процедуры имеют противоположные интересы, и в других случаях, предусмотренных законом. Слушание не проводится, если все участники административной процедуры отказались от участия в слушании, если вопрос решается исключительно по документам или закон требует незамедлительного принятия решения. Как правило, лицо не должно быть ограничено в праве письменно изложить свою позицию до принятия решения в его деле.

Административный процедурный кодекс будет регулировать также апелляционные (внесудебные) процедуры. Целесообразно создать различные апелляционные органы или структурные подразделения в рамках публичной администрации. Это могут быть общественные советы при органах публичной администрации, апелляционные комиссии или комитеты, в состав которых входят не служащие (или не только служащие) органа публичной администрации, а представители заинтересованной общественности. Общественный способ организации этих органов обеспечит объективность рассмотрения жалоб, будет способствовать развитию партнерства между публичной администрацией и общественностью.

Нужно также выработать эффективный внесудебный механизм возмещения лицу органами публичной администрации вреда, причиненного его противоправными решениями, действием или бездействием. Одновременно этот механизм должен исключать любые возможности для коррупции и злоупотреблений.

5. Административная юстиция. Деятельность публичной администрации должна быть под тщательным контролем со стороны судов. Такой контроль называется административной юстицией. Административная юстиция - это судебный механизм защиты прав человека от нарушений со стороны публичной администрации. Сегодня административная юстиция в Казахстане находится в зачаточном состоянии, поскольку дела по обжалованию решений, действий или бездействия органов публичной администрации рассматривают общие суды по правилам гражданского судопроизводства, которые не полностью учитывают специфику разрешения споров с публичной администрацией.

Поэтому приобретает актуальность вопрос о введении административного судопроизводства наряду с гражданским и уголовным процессами. В отличие от гражданского судопроизводства, по которым решаются частноправовые споры, предметом административного судопроизводства будут публично-правовые споры с публичной администрацией. В связи с этим правила административного судопроизводства должны предусматривать:

- 1) меньшую, чем в гражданских спорах, плату за обращение лица в суд для обеспечения большей доступности;
- 2) презумпцию вины публичной администрации, т. е. ее обязанность доказывать правомерность своих решений, действий либо бездействия, которые обжалуются;
- 3) возможность суда приостановить действие обжалованного решения до разрешения спора (обжалование акта по общему правилу не должно вести к автоматическому приостановлению его действия);
- 4) инициативность суда в сборе и истребовании доказательств с целью полного выяснения обстоятельств по делу;
- 5) сокращенные сроки обращения в суд и рассмотрения дела;
- 6) особую процедуру рассмотрения отдельных категорий споров: избирательных, споров по обжалованию нормативных правовых актов и т. п.

Правила административного судопроизводства должны распространяться на споры по обжалованию физическими и юридическими лицами подзаконных нормативных актов,

индивидуальных актов, действий или бездействия органов публичной администрации с целью защиты своих прав. Административное судопроизводство может также применяться к избирательным спорам; спорам по принятию граждан на публичную службу, ее прохождению и увольнению с публичной службы; споров, возникающих между органами публичной администрации, прежде всего между органами государственного управления и органами местного самоуправления.

Для судебной проверки решений, действий или бездействия органов публичной администрации нужно выработать и закрепить на законодательном уровне определенные критерии. Такими могут быть, в частности, следующие критерии:

- 1) соблюдены ли органом основания, границы полномочий и способ, которые предусмотрены Конституцией Республики Казахстан и законодательными актами;
- 2) принято ли решение, совершены действия с использованием полномочия с целью, с которой это полномочие предоставлено;
- 3) принято ли решение, совершено (не совершено) действие обоснованно, т. е. с учетом всех обстоятельств, имеющих значение для принятия решения или совершения действия;
- 4) принято ли решение, совершено (не совершено) действие разумно (рассудительно), добросовестно, беспристрастно, с соблюдением принципа равенства, предотвращая несправедливую дискриминацию;
- 5) принято ли решение, совершены действия пропорционально, в частности, с соблюдением необходимого баланса между любыми неблагоприятными последствиями для прав либо интересов лица и целями, на достижение которых направлены эти решение (действия);
- 6) принято ли решение с учетом права лица на участие в процессе принятия решения, особенно если это решение имеет неблагоприятные последствия для лица;
- 7) принято ли решение, совершены действия своевременно, т. е. в течение разумного срока.

Перспективным направлением развития административного законодательства может стать объединение правил административного судопроизводства в Административном процессуальном кодексе, который будет процессуальной основой для административной юстиции. Однако процедура наложения административного взыскания не может быть предметом регулирования этого кодекса. По правилам административного судопроизводства в таких делах должно осуществляться только обжалование решений, действий или бездействия органов публичной администрации по наложению на человека административных взысканий.

Административные суды должны разрешать споры лиц с публичной администрацией (лицо против администрации), а не налагать административные взыскания (администрация против лица), поскольку административная юстиция является правозащитным, а не карательным по отношению к лицу институтом. Своими решениями они будут внедрять в деятельность публичной администрации лучшие мировые стандарты надлежащего (доброкачественного) управления.

Учитывая правозащитную направленность административной юстиции, корпус судей административных судов целесообразно сформировать из специалистов по административному праву, в частности из судей общих судов, рассматривающих дела против органов власти. Иначе будет сложно изменить представление общественности о том, что административные суды являются органами, привлекающими человека к ответственности.

При создании административного судопроизводства нужно позаботиться, чтобы компетенция между административными и другими судами была четко разграничена. Решения административных судов, учитывая публично-правовой характер подведомственных им дел, будут доступными для общественности, в частности через интернет-ресурсы.

РАЗДЕЛ 7. ПЕРСПЕКТИВЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ ОРГАНОВ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ ОБЕСПЕЧЕНИЕ БЕЗОПАСНОСТИ И БОРЬБУ С ПРЕСТУПНОСТЬЮ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Прежде всего, при осуществлении реформ необходимо четко отделить на концептуальном и нормативно-правовом уровне «борьбу с преступностью» и обеспечение национальной безопасности Республики Казахстан, имея в виду разведывательную и контрразведывательную деятельность.

Разведывательная и контрразведывательная деятельность в той части, в которой она не пересекается с «борьбой с преступностью», осуществляется в *трех формах*, каждая из которых подчинена собственной логике правового регулирования или не требует его вовсе.

Во-первых, она может осуществляться путем «внешней разведки» на территории иностранных государств. То или иное государство, в том числе Республика Казахстан, может, разумеется, полностью отказаться от такого вида деятельности. Однако отказ от внешней разведки или намерение ее осуществлять есть решение сугубо *политическое*, не имеющее отношения к *правовой* сфере как таковой. Если казахстанскими властями будет признана необходимость осуществлять (продолжить осуществление) внешнюю разведку, то на правовом уровне такое решение должно оформляться исключительно *институционально* – путем создания специального органа (подразделения), осуществляющего внешнеразведывательные операции, и определения его политической подчиненности, которая может быть парламентской, президентской или правительственной с учетом действующей в Казахстане конституционно-правовой системы². Никакие иные вопросы процессуального или квазипроцессуального порядка правовому регулированию в ходе осуществления внешней разведки не подлежат и не могут рассматриваться в качестве разновидности «оперативно-розыскной» или тем более «уголовно-процессуальной деятельности», поскольку Республика Казахстан не вправе регулировать вопросы ограничения прав личности (вторжение в сферу частной жизни и т. д.), неизбежные при тайном сборе информации за пределами своей национальной территории. Такое регулирование немедленно вступит в противоречие с законодательством соответствующего иностранного государства, где внешнеразведывательная деятельность будет рассматриваться как преступная, и международно-правовыми актами. Именно по этой причине сама по себе внешнеразведывательная деятельность всегда и везде (во всех странах) остается за пределами «правового поля». Любые попытки ее юридизировать наивны и бессмысленны. Единственное исключение, которое имеет место в развитых правовых порядках, связано с наличием эффективного парламентского контроля за органами (органом), осуществляющими внешнеразведывательную деятельность. В то же время здесь опять-таки необходимо подчеркнуть, что такой контроль, будучи контролем не столько юридическим, сколько политическим, пересекается с правовой сферой исключительно в рамках конституционного права, а не права, допустим, уголовно-процессуального, судебного и т. п.

Во-вторых, разведывательная и контрразведывательная деятельность осуществляется путем аналитической обработки так называемой «открытой» информации, поступающей из вполне легальных источников, включая средства массовой информации. Деятельность такого рода «аналитических служб» вовсе не требует никакого правового регулирования, поскольку внимательное изучение национальной и иностранной периодики, чтение разнообразных сайтов и блогов и т. д., и т. п. само по себе ничьих прав не ограничивает независимо от тех целей, ради достижения которых проводится.

² Указом президента Республики Казахстан от 17 февраля 2009 года № 739 образована Служба внешней разведки Республики Казахстан "Сырбар" как государственный орган, непосредственно подчиненный и подотчетный президенту Республики Казахстан, на который возложены функции уполномоченного органа в сфере внешней разведки.

В-третьих, сбор разведывательной и контрразведывательной информации происходит на основе создания разного рода *персональных банков данных*. Поскольку в отличие от упомянутых выше «открытых», то есть добровольно обнародованных источников, собирание информации происходит здесь помимо воли частных лиц, то такое собирание уже должно рассматриваться в качестве вторжения в сферу частной жизни. Именно поэтому оно может происходить исключительно на основании *закона*. Однако таким законом не должен являться ни уголовно-процессуальный закон, ни закон об оперативно-розыскной деятельности, так как банки данных касаются *a priori* добропорядочных граждан. Принятие отдельного специального закона необходимо для создания прозрачного правового регулирования, в силу которого любой человек будет понимать, что при совершении определенных легальных действий персональные сведения о нем заносятся в соответствующие банки данных. Например, может быть принят закон, согласно которому персональные данные (их конкретный перечень также должен быть установлен тем же законом) любого лица, пересекающего государственную границу Республики Казахстан, заносятся в специальный банк данных. Такой же подход допустим и в других случаях: при получении водительских прав, выдаче разрешения на ношение оружия и т. д. Здесь важно только правильно определить круг ситуаций, при которых информация заносится в банк данных, точный перечень соответствующих сведений или личных данных (включая в некоторых случаях антропометрические данные, отпечатки пальцев и т. д.), орган, на который возложена соответствующая обязанность ведения банка данных. Важно также учитывать, что сбор сведений происходит в такой ситуации *автоматически* (на основании закона), а *не избирательно*. При этом наличие такого закона, который условно можно назвать «Законом о сборе персональных данных», делает для граждан ситуацию абсолютно прозрачной и не рассматривается в качестве неправомерного вторжения в сферу их частной жизни. В то же время, будучи собранной на вполне законных основаниях, соответствующая информация становится *открытой* для уполномоченных государственных органов³ и может использоваться как в разведывательных (контрразведывательных) целях, так и в целях борьбы с преступностью.

Таким образом, на правовом уровне юридикация «внешнеразведывательной» деятельности требует минимального законодательного вмешательства: создания соответствующей службы и решения вопроса о ее подчинении, а также принятия при наличии к тому необходимости специального закона о порядке сбора персональных данных. В остальных случаях разведывательная или контрразведывательная деятельность либо происходит за рамками правового регулирования, либо, если она связана с информационным проникновением в сферу частной жизни граждан на собственной национальной территории, поглощается «борьбой с преступностью», поскольку расследование шпионажа или государственной измены, включая покушение на них или приготовление к ним (неоконченные формы преступной деятельности), ничем процессуально не отличается от расследования краж, грабежей и убийств.

Представляется, что основной задачей по реформированию органов, осуществляющих борьбу с преступностью, является преодоление концептуальной деформации, оставшейся в наследство от советских времен. Не изжив некоторых концептуальных противоречий «советского наследия», казахстанская система уголовной юстиции вряд ли сможет рассчитывать на вхождение в круг т. н. «развитых правопорядков», что, несомненно, является одной из глобальных целей национальной правовой политики. В противном случае любые реформы будут либо иметь сугубо «косметический» характер, либо вовсе усугублять имеющие место в настоящее время недостатки, способные привести к полномасштабному кризису. Здесь надо четко решить: собирается ли казахстанский законодатель в ближайшее десятилетие подвергнуть систему уголовной юстиции подлинной модернизации или его устроит оставление ее еще на много лет в затянувшемся «переходном состоянии»? Ясно также, что без отказа от некоторых концептуальных постулатов советской уголовно-

³ При этом такого рода сведения не должны, разумеется, являться публично доступными, то есть открытыми для неограниченного круга лиц.

правовой и уголовно-процессуальной доктрины, невольно унаследованных доктриной постсоветской, гипотетическая модернизация нереальна и недостижима. Иначе говоря, необходимо прежде всего **реформировать** то, что оказалось исторически **деформированным** по независящим от современного казахстанского законодателя причинам.

При проведении любых реформ следует, прежде всего, учитывать, что деятельность по борьбе с преступностью есть деятельность по своей природе **полицейская** независимо от того, каким конкретно ведомством она осуществляется. При этом **до** совершения преступления (правонарушения) полиция, на которую возложена функция поддержания общественного порядка (патрулирование улиц и т. д.), действует исключительно как полиция *административная*, подчиняясь правилам и нормам административного права. Проблемы административной полиции выходят за рамки настоящего анализа. Отметим лишь, что административная полиция, действуя в отсутствие каких-либо данных о совершении преступления, имеет дело исключительно с гражданами, презюмируемыми добропорядочными, в силу чего принципиально лишена права применять в их отношении какое-либо принуждение, исключая в некоторых случаях контроль документов. Столкнувшись с гипотетическим преступлением (правонарушением) и усмотрев основания для привлечения определенного лица (лиц) к уголовной ответственности, полиция автоматически превращается в полицию *уголовную*, функционирующую исключительно **после** совершения преступления (правонарушения), включая преступления неоконченные и преступления с т. н. «формальными составами» (организация банды и т. п.).

Крайне важно понять, что «реформирование органов, осуществляющих борьбу с преступностью», может привести к преодолению советского наследия и подлинной модернизации, только если будет рассматриваться как реформирование **уголовной полиции**. При этом реформаторам необходимо сначала *концептуально унифицировать* уголовно-полицейскую деятельность на институциональном, процессуальном и материально-правовом уровнях для того, чтобы затем иметь возможность на тех же уровнях *технически дифференцировать* эту деятельность.

I. Концептуальная унификация уголовно-полицейской деятельности.

1) Необходимость концептуальной унификации уголовно-полицейской деятельности на институциональном уровне.

Система уголовной юстиции должна строиться вокруг разграничения функций трех институциональных элементов: полиции, прокуратуры и суда. Разграничение их функций отражает на уголовно-процессуальном уровне более глобальную идею разделения властей.

Полиция может столкнуться с фактом преступной деятельности в трех случаях:

а) обнаружив его непосредственно в ходе деятельности по поддержанию общественного порядка (при выполнении функций административной полиции); б) получив жалобу потерпевшего или сообщение о преступлении иных лиц; в) действуя на основании указания прокурора. В любой из названных ситуаций она вправе лишь собирать о преступлении доказательства и задерживать подозреваемого на несколько часов (десятков часов) на месте преступления. При этом уголовно-полицейская деятельность несовместима по своей природе с юридической оценкой (квалификацией) преступного деяния и применением иных мер процессуального принуждения. Иначе говоря, представитель полиции не может принимать никаких процессуальных решений, связанных с официальной уголовно-правовой квалификацией преступного деяния. Его задачей является лишь собрать доказательства в такой форме, которая в дальнейшем будет признана допустимой судом. В такой ситуации начало уголовно-полицейской деятельности определяется лишь фактом регистрации сообщения о преступлении и не требует никаких «решений о возбуждении уголовного дела», корни которых восходят к советским нормативно-правовым актам 30-х годов XX века и

попыткам ввести подобным способом в определенное русло неуправляемую волну сталинских репрессий. Несовместимость уголовно-полицейской деятельности с официальной юридической оценкой деяния (в виде возбуждения уголовного дела, привлечения в качестве обвиняемого и т. д.) и применением каких-либо мер уголовно-процессуального принуждения, кроме кратковременного полицейского задержания, а также необходимость собирать доказательства в форме, устраивающей в дальнейшем суд, есть достаточные и естественные гарантии от полицейского произвола.

В такой ситуации прокуратура должна выступать в виде «фильтра», отделяющего полицию от суда. Именно прокурор, получая от полиции доказательства, дает деянию юридическую оценку и решает вопрос о возбуждении перед судом уголовного преследования или прекращении дела. Не вдаваясь в детали, прокурорская деятельность отличается от полицейской тем, что квинтэссенцией первой является «юридизация уголовного преследования» (квалификация преступного деяния, принятие решения о дальнейшем движении уголовного дела и т. д.), тогда как вторая сводится к сбору сугубо доказательственной информации.

Задачей суда является в такой ситуации не только разрешение уголовного дела на основании выдвинутого прокурором обвинения, но и принятие в порядке судебного контроля решений о применении мер процессуального принуждения и совершении действий, сопряженных с ограничением прав личности, в ходе досудебного производства, то есть при проведении уголовно-полицейской деятельности (арест как мера пресечения, наложение ареста на имущество, обыск в жилище, прослушивание телефонных переговоров и т. д.).

Советская правовая система, не признававшая разделение властей, полностью смешала на концептуальном уровне полицейскую и судебную деятельность, наделив полицию прокурорскими и судебными по своей сути функциями. Полиция стала юридически оценивать деяние, принимать решение о движении уголовного дела, применять меры процессуального принуждения и т. д. Наделив полицию несвойственными ей функциями, советское право подменило на теоретическом уровне институциональное разграничение полиции, прокуратуры и суда псевдопроцессуальной дифференциацией разного рода «следователей» и «дознателей», «начальников следственного отдела» и «органов дознания», «оперативно-розыскных служб» и «органов расследования». На этом основании, к слову, возникли многочисленные неустранимые противоречия между «процессуальной самостоятельностью следователя» и ведомственным иерархическим контролем, между правом разрешать уголовно-правовой спор по существу (например, прекращая уголовное дело за отсутствием состава преступления) и сугубо полицейским (милицейским) статусом лица, его разрешающего, и т. д., и т. п. Любые попытки подобной псевдопроцессуальной дифференциации приводят к теоретическому и практическому тупику. Как бы ни назывался тот или иной представитель полиции (следователь, дознаватель и т. д.), он вправе осуществлять исключительно уголовно-полицейскую деятельность со всеми теми генетическими ограничениями, которые отмечены выше.

Целью институциональных реформ должно являться избавление от советской по происхождению псевдопроцессуальной дифференциации представителей полицейских ведомств, что приводит к гипертрофированной роли полицейского в чине «следователя» или «дознателя» и наделению его прокурорскими или судебными функциями. На институциональном уровне концептуально нет и не должно быть ни «органов следствия», ни «органов дознания» - есть лишь органы уголовной полиции. В этом смысле идея создания единого «следственного комитета» должна оцениваться исключительно через призму наличия технической необходимости создания нового полицейского ведомства или отсутствия таковой. Ничем другим, кроме как «полицейским ведомством», следственный комитет быть не может, что и доказали казахстанские реформы середины 1990-х годов.

2) Необходимость концептуальной унификации уголовно-полицейской деятельности на процессуальном уровне.

Отмеченные институциональные проблемы советского происхождения не могут не сказываться на сугубо процессуальном уровне, приводя к очередным системным изъянам, от которых необходимо избавляться.

С одной стороны, отвергнув четкое разграничение функций полиции, прокуратуры и суда, советское право подменило отделение друг от друга полицейской и судебной деятельности совершенно искусственным разделением между деятельностью «процессуальной» и деятельностью «непроцессуальной». Иначе говоря, граница была проведена не там, где ей надлежит быть. В результате постсоветская попытка легализовать т. н. «непроцессуальную деятельность» привела к появлению особого феномена – оперативно-розыскной деятельности. Последняя стала «омывать» якобы рафинированную процессуальную деятельность, имеющую место только после пресловутого «возбуждения уголовного дела».

С другой стороны, в рамках «процессуальной деятельности» возникло не менее искусственное концептуальное разграничение между предварительным следствием и дознанием, которым чаще всего занимаются одни и те же полицейские органы и которые едины по целям и процессуальным средствам. При этом все попытки теоретически обосновать подобный «параллелизм» потерпели неудачу, что совершенно закономерно.

Любые реформы должны исходить из **процессуального единства** уголовно-полицейской деятельности, как бы она не называлась. В развитых правовых системах уголовно-полицейская деятельность «процессуализируется» через понятие **полицейского дознания**, охватывающего «предварительное следствие», «дознание» и «ОРД». Полицейское дознание может включать набор самых разнообразных действий по собиранию доказательств совершенного преступления, включая те действия, которые предусмотрены казахстанским Законом «Об оперативно-розыскной деятельности». Рамки дознания ограничены не искусственными формальными «процессуальными решениями», а сущностным пониманием того, что речь идет о деятельности *полицейской*, основанной на институциональном генетическом отделении друг от друга функций полиции, прокуратуры и суда со всеми вытекающими отсюда последствиями (см. выше). При этом даже если казахстанское дознание будет называться «предварительным следствием» (что возможно и является лишь выбором наиболее удобной терминологии), то такое «предварительное следствие» также останется деятельностью не более чем полицейской. Что касается «оперативно-розыскной деятельности», то нет и не может быть никаких оснований для ее регулирования на уровне автономного закона и рассмотрения в качестве деятельности «непроцессуальной». Соответствующие положения казахстанского оперативно-розыскного законодательства должны быть в такой ситуации инкорпорированы в УПК РК.

3) Необходимость концептуальной унификации уголовно-полицейской деятельности на материально-правовом уровне.

На материально-правовом уровне казахстанская правовая система унаследовала присущий еще советскому праву дуализм двух форм нарушений закона, являющихся основанием для применения публично-правовой государственной репрессии: *уголовных преступлений* и т. н. «*административных правонарушений*». Сам по себе подобный дуализм не является сугубо советским явлением – он известен и во многих других странах (Германия, Италия и т. д.). Однако специфика советского подхода, отличающая его от названных стран и унаследованная Казахстаном, заключается в отсутствии следующего шага: сведении уголовных преступлений и административных правонарушений в единое концептуальное целое, то есть в некое *уголовное право в широком смысле*, где действуют идентичные принципы и подходы. На этом, в частности, давно настаивает Европейский суд по правам человека, разработавший теоретическую конструкцию «уголовно-правовой сферы» (англ. *penal matter*, фр. *matière pénale*).

Казахстанская правовая система не должна более развивать теорию «административных правонарушений» как института административного права, якобы не имеющего отношения к уголовному праву. В противном случае деформация казахстанской правовой системы будет

только усиливаться. В полицейской сфере данная деформация проявляется в неоправданном дублировании полномочий полиции – возникновении «уголовно-процессуального задержания» и «административного задержания», «уголовно-процессуального обыска» и «административного досмотра» и т. д. На самом деле может быть только одно «задержание» и один «обыск» как реакция на противоправное поведение, требующее жесткого или не слишком жесткого государственного наказания (от штрафа до пожизненного лишения свободы). Как мы уже отмечали, разграничение функций административной и уголовной полиции происходит по другому критерию: в зависимости от того, действует ли она до совершения преступления в целях предупреждения нарушений закона (превентивно) или после их совершения в целях привлечения виновных к ответственности (репрессивно). В такой ситуации, какие бы прилагательные мы не добавляли к слову «правонарушение» (административное, налоговое, дисциплинарное и т. д.), полицейская реакция на них есть реакция репрессивная, то есть уголовная.

На концептуальном уровне необходимо в кратчайшие сроки унифицировать все деяния, требующие государственной репрессии, сведя их в единое «уголовное право в широком смысле». Результатом такой материально-правовой унификации неизбежно должно стать реформирование уголовно-репрессивной полицейской деятельности. Любая реакция полиции на любое нарушение закона, подпадающее под уголовное право в широком смысле, включающее административные правонарушения, может осуществляться только в форме *полицейского дознания* и сводиться к собиранию доказательств. Единственной мерой принуждения, которую полиция вправе применять без судебного решения, должно остаться исключительно кратковременное задержание на месте преступления (правонарушения), регулируемое уголовно-процессуальным законом.

II. Техническая дифференциация уголовно-полицейской деятельности.

1) *Возможность технической дифференциации уголовно-полицейской деятельности на институциональном уровне.*

Единое понимание полиции, необходимое для ее функционального отделения от прокуратуры и суда, **не означает**, что с точки зрения государственного аппарата полицейские функции должно выполнять только какое-то одно ведомство. Этого фактически нет ни в одной стране мира, хотя, как правило, центральная роль здесь принадлежит МВД. Вряд ли казахстанской правовой системе имеет смысл от данного постулата отказываться. Но с предметной точки зрения оптимизация деятельности исполнительной власти вполне допускает наделение полицейскими функциями при расследовании отдельных преступлений (государственных, таможенных, налоговых и т. д.) и других ведомств. Решение об этом есть решение не столько юридическое, сколько сугубо *управленческое*. Именно управленческая целесообразность и административная эффективность создают возможность для технической дифференциации уголовно-полицейской деятельности на институциональном уровне.

Но с правовой точки зрения важно другое: какое бы ведомство не было наделено функциями по расследованию преступлений, оно в любом случае остается лишь элементом общего понятия «полиции». Его полномочия в такой ситуации остаются полномочиями *полицейскими* и не могут выходить за очерченные выше пределы уголовно-полицейской деятельности. Как уже отмечалось, здесь ничего не изменится даже в том случае, если управленческая целесообразность приведет к созданию единого следственного комитета (он все равно останется не более чем полицейским ведомством).

Борьба за «следственные аппараты», отражающая институциональную деформацию советского происхождения, должна уйти в прошлое и быть заменена спокойным обсуждением другого вопроса: **какие ведомства следует наделить уголовно-полицейскими функциями?**

2) Возможность технической дифференциации уголовно-полицейской деятельности на процессуальном уровне.

Единое процессуальное понимание уголовно-полицейской деятельности также не означает невозможности ее дифференциации в сугубо техническом аспекте. Более того, такая дифференциация фактически неизбежна. Может она отражаться и на терминологическом уровне.

Ясно, что процессуальный режим полицейского расследования (дознания) должен зависеть от тяжести гипотетического *наказания* за то или иное нарушение закона.

По самым «мелким» уголовным делам, охватывающим, прежде всего, нынешние «административные правонарушения» уголовно-полицейская деятельность может ограничиваться протоколированием нарушения закона, фиксацией свидетелей (если они есть) и вызовом (доставлением) лица в суд⁴.

В принципе, современные развитые правовые порядки часто предусматривают (имея в виду, главным образом, нарушения ПДД) и право сотрудника полиции предложить правонарушителю непосредственно исполнить наказание «на месте», но только при трех условиях: 1) если речь идет о наказании в виде штрафа (без лишения водительских прав и т. д.); 2) если размер штрафа заранее для этого установлен законом и не подлежит индивидуализации сотрудником полиции; 3) если штраф уплачивается правонарушителем добровольно (в случае отказа обязательной является судебная процедура)⁵.

По более серьезным делам (которые, как правило, охватывают деяния, запрещенные под страхом наказания Уголовным кодексом РК и частично КоАП РК⁶) полицейское расследование также может быть дифференцировано по срокам, набору возможных действий по собиранию доказательств, режиму кратковременного задержания и т. д. Иными словами, концептуальная унификация уголовно-процессуальной деятельности, необходимая для установления **пределов** прав полиции в рамках уголовного процесса, не исключает всевозможных вариантов технической дифференциации (создания более сложных и более простых процессуальных режимов) **внутри этих пределов**.

3) Возможность технической дифференциации уголовно-полицейской деятельности на материально-правовом уровне.

Создание концептуально единого «уголовного (репрессивного) права в широком смысле» опять-таки оставляет возможность для технической дифференциации различных категорий

⁴ Вопрос о терминологии мы здесь оставляем открытым, хотя сам по себе он важен, прежде всего, с символической и психологической точек зрения. В частности, для обозначения названных категорий деяний, запрещенных под страхом уголовного наказания (в широком смысле) можно подумать о введении понятия «уголовный проступок» или, если будет признана целесообразность избежать здесь эпитета «уголовный» (опять-таки из психологических соображений), - «подсудный проступок».

⁵ Здесь опять-таки возникает проблема терминологии для обозначения категории малозначительных уголовно-наказуемых деяний, по которым судебная процедура в целях упрощения и ускорения производства является не обязательной, а факультативной (она имеет место лишь в том случае, если на этом настаивает лицо, привлекаемое к ответственности). Такого рода деяния можно было бы назвать «административными деликтами». Подчеркнем, что это единственный случай, когда к уголовно-наказуемому деянию оправдано и логично приложение эпитета «административный», поскольку наказание при названных выше условиях здесь вправе применять не суд, а полиция как представитель исполнительной власти (публичной администрации). Обратим также внимание, что в Казахстане большинство потенциальных «административных деликтов» содержится в Кодексе об административных правонарушениях, причем, что необъяснимо, применение наказания за многие из них относится к исключительной прерогативе суда. Во-первых, это никоим образом не соответствует мировым тенденциям. Во-вторых, почему правонарушение, за которое наказание может применить **исключительно суд** считается правонарушением **административным**?

⁶ Например, мелкое хищение (ст. 136 КоАП РК), побои (ст. 79-1 КоАП РК), причинение средней тяжести вреда здоровью по неосторожности (ст. 79-3 КоАП РК), и т.д.

преступлений и (или) правонарушений. Обозначение каждой из этих категорий есть вопрос сугубо терминологический, о чем мы уже упоминали.

Критерием материально-правовой дифференциации, без которой, к слову, затруднительно и почти невозможно провести дифференциацию процессуальную, должна служить *тяжесть уголовной репрессии* или, иначе говоря, *вид и размер потенциального наказания*.

Отдельную группу должны составить правонарушения, наказуемые *исключительно* штрафом⁷. При этом вовсе не обязательно включать положения о них в Уголовный кодекс РК. Они могут быть кодифицированы на уровне отдельного(ных) законодательного(ых) акта(ов), за основу которого(ых) может быть взят нынешний КоАП РК. Но в такой ситуации Уголовный кодекс не должен рассматриваться в качестве единственного источника уголовного права. Принципиально важно понимать, что уголовно-полицейская деятельность осуществляется независимо от того, идет ли речь о нарушении УК или о нарушении любой другой нормы, установленной под страхом государственной репрессии (пусть даже в виде штрафа и т. д.).

Что касается технической материально-правовой дифференциации остальных нарушений уголовного закона (нынешних «преступлений» в узком смысле), то этот вопрос принципиально решен в действующем казахстанском уголовном законодательстве в рамках института «категорий преступлений». Возможная оптимизация его решения не относится к предмету настоящего анализа.

В целом, реформа органов, осуществляющих «борьбу с преступностью», будет эффективна только в том случае, если она будет проводиться на основе **унифицированного** понимания «нарушения закона, заслуживающего применение государственной репрессии» (материально-правовой уровень), «полицейского дознания (расследования)» (процессуальный уровень) и «полиции» (институциональный уровень). Только выработав данное унифицированное понимание, имеет смысл затем приступить к сугубо технической дифференции уголовно-полицейской деятельности на всех трех названных и абсолютно взаимосвязанных уровнях. Без этого подлинная модернизация казахстанской правовой системы невозможна.

⁷ Выше мы обозначили их в качестве «административных деликтов» (одно из возможных наименований). От них следует отделить те уголовно-наказуемые деяния, за которые штраф может быть предусмотрен в качестве не исключительной, но лишь *одной из возможных* мер наказания (выше мы условно назвали их «уголовными проступками» или «подсудными проступками»). Очень важно, что наказание за административный деликт не подлежит индивидуализации, в силу чего может быть с согласия привлекаемого к ответственности лица возложено полицией, тогда как наказание, пусть и в виде того же штрафа, за уголовный (подсудный) проступок индивидуализации подлежит (как с точки зрения его размера, так и вида), в силу чего может быть возложено исключительно судом.