
МАТЕРИАЛЫ ВСТРЕЧИ

"РЕФОРМА СИСТЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРАВОСУДИЯ В СТРАНАХ ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ: РЕАЛЬНОСТЬ ВНЕ ДЕКЛАРАЦИЙ И ОБЕЩАНИЙ"

Варшава, 29 сентября 2008 года

Центр исследования правовой политики является аналитической организацией, которая ставит своей целью продвижение принципа верховенства права и либеральных ценностей путем осуществления научно-исследовательской и проектной деятельности в области правовой политики.

Руководствуясь принципом верховенства права, поддерживая либеральные ценности и содействуя продвижению реформ, Центр исследования правовой политики осуществляет свою деятельность по пяти основным направлениям:

1. Развитие культуры принятия решений в области правовой политики на основе открытого, информированного и включающего все заинтересованные стороны диалога;
 2. Влияние на процесс принятия решений по вопросам правовой политики посредством проведения правовых исследований, экспертного обсуждения, оценки и реализации различных проектов;
 3. Продвижение целостного подхода в правовой политике через ее интеграцию в процесс общей демократизации общества;
 4. Определение и разработка эффективных стратегий сотрудничества с государственными структурами и институтами гражданского общества с целью продвижения принципа верховенства права и либеральных ценностей в правовой политике;
 5. Усиление роли экспертного сообщества в области принятия решений по вопросам правовой политики.
-

СОДЕРЖАНИЕ

Анализ законодательства стран Центральной Азии (Казахстан, Узбекистан, Кыргызстан) о введении судебного санкционирования ареста, <i>Центр исследования правовой политики, С.А. Пашин</i>	4
Аналитический доклад «Уголовно-исполнительная система Республики Казахстан 2000-2008 гг.: современное состояние и перспективы развития», <i>Центр исследования правовой политики</i>	19
Аналитическая записка «Пенитенциарные системы: сравнительный анализ организационно-правовых форм», <i>Центр исследования правовой политики Н.П. Ковалев</i>	46
Аналитический доклад «Либерализация уголовной политики и реформирование Законодательства об административных правонарушениях в республике Казахстан», <i>Центр исследования правовой политики, Р.А. Подопригора</i>	54
Аналитический доклад «Право об административных нарушениях: опыт стран Западной и Восточной Европы, требования Европейского Суда по правам человека и стандарты Совета Европы», <i>Центр исследования правовой политики, А.А. Банчук</i>	73
Аналитический доклад «Независимость судебной системы - основные принципы, вновь рассмотренные с помощью международных документов и судебной практики конституционных судов», <i>Центр исследования правовой политики, Рената Уитц</i>	87
Экспертное заключение по Указу Президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» и постановлению Кабинета Министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. «Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан», <i>С.А. Пашин</i>	93
Экспертное заключение по Указу Президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» и постановлению Кабинета Министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. «Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан», <i>Центр исследования правовой политики, Д.К. Канафин</i>	108
Заключение на проект закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам оперативно-розыскной деятельности», <i>Л.В. Головкин</i>	116
Заключение на проект закона Республики Казахстан «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по совершенствованию уголовного, уголовно-процессуального законодательства, законодательства о защите лиц в уголовном процессе и об оперативно-розыскной деятельности», <i>Центр исследования правовой политики, Л.В. Головкин</i>	124
Экспертное заключение на проект закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам дальнейшего совершенствования системы исполнения наказаний и уголовно-исполнительной системы», <i>Центр исследования правовой политики</i>	133
Экспертное заключение на проект закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений», <i>Центр исследования правовой политики, Я. Гилинский</i>	138

ПАШИН С.А.
член Независимого экспертно-правового совета,
профессор Московского института экономики, политики и права,
кандидат юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке

Анализ законодательства стран Центральной Азии (Казахстан, Узбекистан, Кыргызстан) о введении судебного санкционирования ареста¹

Объект исследования – институт заключения под стражу и продления срока содержания под стражей на основании судебного решения в странах Центральной Азии (Казахстан, Узбекистан, Кыргызстан).

Предмет исследования – соответствие новелл Уголовно-процессуальных кодексов Республики Казахстан, Кыргызской Республики и Республики Узбекистан демократическому институту *habeas corpus*.

Материалы для исследования – Закон Республики Казахстан от 5 июля 2008 г. № 65-IV ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения в виде ареста, домашнего ареста»; Закон Кыргызской Республики от 25 июня 2007 г. № 91 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Кыргызской Республики, Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики, Кодекс Кыргызской Республики об административной ответственности, Уголовно-исполнительный кодекс Кыргызской Республики, в Законы Кыргызской Республики "О Верховном суде Кыргызской Республики и местных судах", "О прокуратуре Кыргызской Республики", "О порядке и условиях содержания под стражей лиц, задержанных по подозрению и обвинению в совершении преступлений»; Закон Республики Узбекистан, принятый Законодательной палатой 15 июня 2007 г., одобренный Сенатом 29 июня 2007 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Узбекистан в связи с передачей судам права выдачи санкции на заключение под стражу».

Право на свободу и личную неприкосновенность, запрет произвольных и незаконных арестов провозглашены статьей 9 Международного пакта о гражданских и политических правах. Согласно частям 3 и 4 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах: «Каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или освобождение.

Каждому принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно». В соответствии с частями 3 и 4 ст. 5 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека «Каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, в соответствии с национальным законодательством, принадлежит право на разбирательство судом его дела относительно законности его ареста или содержания под стражей. Все лица, лишённые свободы, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности».

¹ Настоящий анализ подготовлен в рамках проекта Центра исследования правовой политики при поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ). Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, могут не совпадать с позицией БДИПЧ ОБСЕ и отражают авторскую точку зрения.

В первом десятилетии XXI века государства Центральной Азии, утвердившиеся на постсоветском пространстве, предприняли значительные усилия по созданию уголовно-процессуальных норм, базирующихся на принципах гуманизма и уважения достоинства личности, отвечающих требованиям международного сообщества. Не последнюю роль в становлении правового государства в любой стране играет закрепление в законодательстве и использование в практике правоохранительных органов и судов института *habeas corpus*. На постсоветском пространстве вопрос о заключении подозреваемых (обвиняемых) под стражу традиционно находился в ведении прокуроров, и передача соответствующих полномочий судам означает укрепление судебной власти и усиление гарантий прав личности в уголовном судопроизводстве.

Общие и схожие процессуальные элементы в законодательстве трех государств Центральной Азии в санкционировании меры пресечения в виде ареста

Важнейшим фактором схожести законодательства типа *habeas corpus* Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана является провозглашение решения вопроса о заключении человека под стражу (санкционирования ареста) *исключительной прерогативой суда*². В этой связи правовое регулирование данного института в этих государствах аналогично, хотя и отличается в некоторых случаях своеобразием. Можно утверждать, что ряд отраженных в национальном законодательстве особенностей обусловлен установленной в той или иной стране системой судов (судебных инстанций) и организацией взаимоотношений в правоохранительной сфере; немаловажную роль в этом смысле играют правовое положение прокуроров и глубина состоявшихся преобразований прокуратуры и следствия.

Целесообразно выделить следующие схожие институты в законодательстве типа *habeas corpus* Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана.

Органы уголовного преследования обращаются с ходатайством об аресте в суд

По буквальному смыслу одной из норм уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан, избирают меру пресечения в виде ареста в отношении обвиняемого (подозреваемого) органы уголовного преследования (следователь, орган дознания, прокурор), а суд лишь санкционирует их решение³. Фактически же из положений статьи 150 УПК РК вытекает, что решение, в конечном счете, принимает судья. Однако до судебного санкционирования решение вопроса об аресте проходит несколько фаз: вынесение следователем (органом дознания) постановления о возбуждении перед судом ходатайства о санкционировании ареста с приложением материалов, подтверждающих обоснованность ходатайства; проверка прокурором законности, обоснованности и необходимости такого ходатайства, причем прокурор вправе не только изучить подобранные следователем материалы, но и допросить обвиняемого (подозреваемого); свою позицию прокурор излагает в постановлении; при отказе прокурора в поддержании ходатайства обвиняемый (подозреваемый) немедленно освобождается из-под стражи⁴.

Уголовно-процессуальное законодательство Кыргызстана предполагает непосредственное, минуя прокурора, обращение следователя в суд с ходатайством о заключении подозреваемого (обвиняемого) под стражу; к ходатайству следователь прилагает материалы, подтверждающие его обоснованность⁵.

² Пункт 4 ч. 2 ст. 59, ч. 1 ст. 150 УПК Республики Казахстан, п. 1 ч. 2 ст. 32 УПК Кыргызской Республики, ч. 2 ст. 18 УПК Республики Узбекистан, ч. 3 ст. 10 Закона Республики Узбекистан от 2 сентября 1993 г. «О судах».

³ Пункт 4 ч. 2 ст. 59 УПК Республики Казахстан.

⁴ Часть 3 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

⁵ Часть 2 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

В Узбекистане следователь, вынося постановление о возбуждении перед судом ходатайства о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, должен предварительно заручиться согласием прокурора, который и направляет постановление с необходимыми обосновывающими материалами в суд; следователь вызывается в заседание суда «при необходимости»⁶. При рассмотрении вопроса о возбуждении ходатайства о применении меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении несовершеннолетнего прокурор обязан лично ознакомиться с материалами дела, убедиться в исключительности случая и допросить обвиняемого⁷.

Подсудность и «надлежащий судья»

И в Казахстане, и в Кыргызстане вопрос об аресте подсуден суду по месту задержания подозреваемого или по месту производства предварительного расследования⁸. В Узбекистане речь идет о судах «по месту совершения преступления или производства предварительного следствия»⁹.

Согласно казахстанскому процессуальному законодательству, вопрос о заключении обвиняемого (подозреваемого) под стражу разрешается единолично судьей районного (иногда - областного) суда¹⁰. Единоличное рассмотрение судьей подобных обращений органов уголовного преследования предусмотрено также в Кыргызстане и Узбекистане¹¹.

Таким образом, подавляющее большинство обращений о заключении под стражу и продлении срока содержания под стражей рассматривается судьями, находящимися на нижних ступенях судебной пирамиды и потому наиболее близкими к населению.

Недопустимость заочного рассмотрения судом вопроса об аресте

По общему правилу, в Казахстане не допускается заочное рассмотрение вопроса об аресте. Исключение составляют случаи, когда обвиняемый объявлен в розыск или, находясь за пределами страны, уклоняется от явки в суд¹². Аналогичное правовое регулирование осуществляет и узбекский законодатель, позволяя также рассматривать ходатайство о продлении срока содержания под стражей без участия обвиняемого, помещенного в психиатрический стационар¹³. Напротив, в Кыргызстане в суд доставляется задержанный, а неявка без уважительных причин обвиняемого в судебное заседание, если он не задержан и своевременно извещен о месте и времени слушаний, «не является препятствием для рассмотрения ходатайства»¹⁴.

Рассмотрение судом вопроса об аресте в судебном заседании с участием сторон

Судья в Казахстане разрешает вопрос об аресте в судебном заседании при обязательном участии сторон (прокурора, а также обвиняемого (подозреваемого) и его защитника; потерпевший, законные представители и представители уведомляются о месте и времени судебного заседания), происходящее протоколируется¹⁵. Требования Кыргызского законодательства не столь строги: в судебном заседании участвуют обвиняемый, прокурор,

⁶ Части 2 – 4, 7 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

⁷ Часть 2 ст. 558 УПК Республики Узбекистан.

⁸ Часть 6 ст. 150 УПК Республики Казахстан, ч. 3 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

⁹ Часть 3 ст. 247 УПК Республики Узбекистан.

¹⁰ Часть 6 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

¹¹ Часть 3 ст. 110 УПК Кыргызской Республики, ч. 5 ст. 243 УПК Республики Узбекистан, ч. 2 ст. 37 Закона Республики Узбекистан от 2 сентября 1993 г. «О судах»..

¹² Часть 8 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

¹³ Часть 8 ст. 243 и ч. 4 ст. 365, а также ч. 6 ст. 247 УПК Республики Узбекистан.

¹⁴ Часть 3 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

¹⁵ Часть 5 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

защитник, может участвовать представитель несовершеннолетнего обвиняемого, однако неявка без уважительных причин сторон, за исключением защитника, своевременно извещенных о времени судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения ходатайства; об участии потерпевшего и его представителя в заседании суда в ст. 110 УПК КР не упоминается¹⁶. Судебное заседание по вопросу о заключении под стражу проходит в Узбекистане также при участии сторон: прокурора, защитника, если он участвует в деле, задержанного подозреваемого или обвиняемого; в судебном заседании вправе участвовать законный представитель подозреваемого или обвиняемого, а также следователь¹⁷.

Решение вопроса об аресте на основе представленных сторонами материалов

Судья, решающий вопрос об аресте, черпает информацию, согласно казахстанскому УПК, из трех основных источников: из материалов, представленных органами уголовного преследования; из материалов уголовного дела, которое он вправе истребовать; из объяснений сторон¹⁸. Кыргызское и Узбекское законодательство не предусматривает право судьи истребовать уголовное дело на этом этапе судопроизводства.

К сожалению, во всех рассматриваемых законодательных актах описание судебного заседания, в ходе которого решается вопрос об аресте, приводится суммарно и неконкретно, причем нигде не подразумевается вызов и допрос свидетелей¹⁹.оборот «заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица» после выступления прокурора²⁰ означает восприятие устной аргументации сторон, но не полноценное исследование доказательств. Лишь в Узбекистане «исследуются представленные материалы»²¹ и этим, по-видимому, подчеркивается, что заседание суда не сводится к монологам сторон. Но и в узбекском законодательстве «представленные материалы» не именуются доказательствами, что не исключает использования при решении вопроса об аресте результатов оперативно-розыскной деятельности и вообще материалов, полученных с нарушением уголовно-процессуального закона, например, агентурных донесений, справок о прослушивании телефонных переговоров и тому подобных бумаг.

Обжалование решения судьи в сокращенные сроки

В Казахстане сторонам, в том числе обвиняемому и потерпевшему, принадлежит право обжаловать (опротестовать) в вышестоящий суд постановление суда о санкционировании меры пресечения в виде ареста или продлении срока ареста, об отказе в даче санкции на арест или продлении срока ареста²². В Кыргызстане сторонам принадлежит право обжаловать постановление судьи об избрании меры пресечения или об отказе в этом в вышестоящий суд в течение 5 суток²³. В Узбекистане соответствующий судебный акт именуется определением, и его можно оспорить в апелляционном порядке²⁴.

Казахстанский законодатель установил сокращенные, а именно 3-суточные, сроки: обжалования постановлений судьи об аресте; рассмотрения вышестоящим (областным и приравненным к нему) судом соответствующих жалоб и протестов прокурора²⁵. В Кыргызстане сокращенный 5-суточный срок касается лишь жалобщиков²⁶. В Узбекистане процедура

¹⁶ Часть 3 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

¹⁷ Часть 7 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

¹⁸ Части 4 и 9 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

¹⁹ Часть 9 ст. 150 УПК Республики Казахстан, ч. 4 ст. 110 УПК Кыргызской Республики, ч. 7 и 9 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

²⁰ Часть 4 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

²¹ Часть 9 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

²² Часть 1 ст. 110 УПК Республики Казахстан.

²³ Часть 10 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

²⁴ Часть 11 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

²⁵ Части 1 и 2 ст. 110 УПК Республики Казахстан.

²⁶ Часть 10 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

апелляции по вопросам заключения под стражу подчиняется общим правилам²⁷, но сроки обжалования (опротестования) и рассмотрения жалобы (протеста) апелляционной инстанцией сокращенные и равняются 72 часам²⁸.

Недопустимость безосновательных повторных ходатайств об аресте

Во всех рассматриваемых источниках содержится норма, согласно которой повторное обращение органа уголовного преследования в суд с ходатайством о заключении под стражу в отношении того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в аресте возможно лишь при открытии новых обстоятельств, диктующих необходимость применения данной меры пресечения²⁹.

Аналогичность порядка продления срока содержания под стражей

Продление срока содержания под стражей осуществляется в Казахстане, Кыргызстане и Узбекистане в рамках процедуры, повторяющей в основных своих чертах порядок решения вопроса о первоначальном заключении под стражу³⁰.

Элементы института *habeas corpus* в законодательстве Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана

Институт *habeas corpus* имеет древнюю историю. Еще в дарованной английским королем Иоанном Безземельным своим подданным под нажимом аристократии Великой хартии вольностей 1215 года провозглашалось: «Ни один человек не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен имущества, и мы не пойдем на него³¹ иначе как по приговору суда, по законам страны».

В 1679 году элементом статутного права Англии стал *Habeas Corpus Act* («Акт о лучшем обеспечении свободы подданного и о предупреждении заточений за морями»), названный по первым словам петиции, поданной после кровавого подавления королем Яковом восстания самозваного претендента на английский престол «герцога» Монмута³². Этот закон предусматривал, с одной стороны, право каждого заключенного под стражу по обвинению в совершении преступления требовать подтверждения судьей правомерности его ареста и, с другой стороны, обязанность шерифа под угрозой крупного денежного штрафа доставить задержанного к судье. Однако институт *habeas corpus* существовал задолго до XVII века как элемент *common law*³³, родоначальниками которого выступили вестминстерские судьи во времена Вильгельма Завоевателя и позднейшие.

Сегодня институт *habeas corpus* в той или иной форме закреплен в законодательстве подавляющего большинства государств на всех континентах. Не будет преувеличением утверждать, что уголовно-процессуальные законы Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана вобрали в себя основные элементы данного института. Решение вопроса о заключении под стражу и продлении срока содержания под стражей исключительно судом, к которому должны обращаться с соответствующими ходатайствами органы уголовного преследования, составляет основу законодательства типа *habeas corpus*, признанную и отраженную в процессуальных кодексах названных стран Центральной Азии.

²⁷ Часть 11 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

²⁸ Часть 2 ст. 241 УПК Республики Узбекистан.

²⁹ Часть 12 ст. 150 УПК Республики Казахстан, ч. 7 ст. 110 УПК Кыргызской Республики, ч. 13 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

³⁰ Статья 153 УПК Республики Казахстан, ч. 4 ст. 111 УПК Кыргызской Республики, части 3 – 6 ст. 247 УПК Республики Узбекистан.

³¹ То есть не снарядам против него карательную экспедицию.

³² Романов А.К. Правовая система Англии. – М.: Дело, 2000. – С. 326.

³³ (Англ.) – букв.: «общее право». По сути, выработанное английскими судьями прецедентное право.

Нельзя не отметить, что здесь избрана несколько ограниченная модель использования института *habeas corpus* – по уголовным делам. Во многих государствах Запада (Великобритания, США) полномочия суда по выдаче приказов *habeas corpus* имеют универсальное значение, распространяясь в качестве института конституционного права на многие случаи удержания человека в неволе помимо надобностей уголовного преследования. Кроме того, в Центральной Азии, как, впрочем, и в Европейской части СНГ, органы уголовного преследования доставляют в суд не всякого задержанного, но лишь обвиняемого (подозреваемого), которого они намереваются поместить под арест. При этом предъявление лицу обвинения перед судом, проверяющим наличие «разумной причины» для уголовного преследования человека и стеснения свободы обвиняемого, не практикуется. Кажется парадоксальным, что наиболее быстрой формой оспаривания задержанным фактического заключения под стражу выступает во многих странах СНГ, в том числе, в России, Казахстане, Кыргызстане, Узбекистане, не обращенная к судье жалоба стороны защиты, а ее аргументация по поводу ходатайства следователя и прокурора об аресте. Даже если сторона защиты подает отдельную жалобу на задержание, законность задержания будет проверена судьей в срочном порядке именно в рамках процедуры санкционирования ареста, для участия в которой обвиняемый (подозреваемый) будет доставлен в суд в кратчайший срок. После заключения лица под стражу по постановлению (определению) судьи целесообразность и возможность проверки законности задержания по самостоятельной жалобе стороны защиты практически утрачиваются.

Хотя правовое регулирование института *habeas corpus* в Казахстане, Кыргызстане и Узбекистане не всегда можно назвать абсолютно безупречным, о чем речь пойдет ниже, оно достаточно фундаментально и имеет хорошие перспективы для развития.

Новое законодательство о судебном санкционировании ареста и основные требования справедливого уголовного судопроизводства

Международное сообщество выработало критерии правомерности и справедливости ареста, основные требования к процедурам, связанным с ограничением права человека на свободу и личную неприкосновенность. В числе этих требований существенными представляются, как минимум, следующие: законность ареста и запрет произвольных арестов; право лица на освобождение из-под стражи до суда; признание ареста исключительной мерой, применяемой только по необходимости; незамедлительное доставление подозреваемого (обвиняемого) к судье; доступность помощи адвоката; непродолжительность ареста; сохранение контактов с внешним миром.

Представляется, что институт *habeas corpus*, введенный в законодательство Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана, сконструирован, в общих чертах, с учетом данных правовых предписаний.

Законность ареста и запрет произвольных арестов

Законность ареста предполагает, прежде всего, применение этой меры пресечения на основании национальных законов, где должны быть детализированы основания и порядок заключения лица под стражу. Арест может, тем не менее, быть результатом произвола с точки зрения международных норм, например, если уголовно-процессуальный закон в соответствующей части оказывается туманным, неконкретным или нарушает другие основные права человека, такие как свобода слова.

Комитет ООН по правам человека разъяснил, что применительно к аресту термин «произвольный» относится не только к «противозаконному» заключению под стражу, но

должен толковаться шире, включая элементы неуместности, несправедливости и непредсказуемости³⁴.

Уголовно-процессуальное законодательство Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана обеспечивает подробное правовое регулирование правоотношений, связанных с задержанием и заключением под стражу подозреваемых (обвиняемых). Однако в этом регулировании имеется существенный пробел: законодатели перечисленных стран Центральной Азии не приводят компактно перечень обстоятельств, входящих в предмет доказывания при рассмотрении вопроса об аресте. Бремя доказывания таких обстоятельств лежит на стороне обвинения (прокуроре, явившемся в заседание суда следователе), и необходимо, чтобы закон четко устанавливал круг фактов, каждый из которых нужно подкрепить весомыми уликами, прежде чем удовлетворить ходатайство органов уголовного преследования о заключении человека под стражу. Данные обстоятельства, конечно, можно установить, изучив разные статьи УПК, но это не так удобно.

Попытка определить предмет доказывания при рассмотрении судом вопроса о заключении под стражу предпринята в Узбекистане, где лаконичный закон гласит: «При рассмотрении всех указанных ходатайств суд учитывает обоснованность представленных материалов, а также соблюдение процессуальных норм и требований»³⁵. К сожалению, редакцию этой нормы нельзя признать удачной, хотя бы потому, что собранные следователем и представленные прокурором в суд материалы должны обосновывать правомерность и необходимость заключения подозреваемого (обвиняемого) под стражу, то есть быть «основательными», а не «обоснованными». Главный же недостаток данной формулировки в том, что она не содержит перечня фактов, которые обязан установить суд, опираясь на представленные сторонами материалы. В анализируемой процессуальной норме не говорится, что прокурор должен доказать разумность, основательность подозрений о причастности лица к приписанному ему преступлению.

Самый же серьезный пробел в законодательном регулировании процедуры судебного санкционирования заключения под стражу состоит в отсутствии в кодексах Казахстана, Кыргызстана, Узбекистана прямого требования проверять достаточность оснований подозрения (обвинения). Отсутствие такого правового предписания, бесспорно, создает предпосылки для нарушения в огромных масштабах запрета произвольных арестов. В самом деле, суд не может ориентироваться при решении вопроса о заключении под стражу на утверждения органов уголовного преследования о совершении подозреваемым (обвиняемым) деяния, квалифицированного следователем по определенной статье Особенной части Уголовного кодекса, подчас «с запасом». Доказанность подозрения (обвинения) и правильность квалификации приписанного человеку деяния не могут произвольно исключаться из сферы судебного контроля при ограничении неотъемлемого права человека на свободу и личную неприкосновенность.

Данная позиция постоянно звучит в решениях международных органов по защите прав человека. Так, признавая Россию виновной в нарушении Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд последовательно подчеркивает, что «Наличие разумных подозрений в том, что задержанное лицо совершило преступление, является условием *sine qua non*³⁶ законности продления срока содержания под стражей» и «первоначального заключения под стражу», что привычных ссылок судей на тяжесть обвинения и риск побега подозреваемого (обвиняемого) недостаточно для удержания лица под стражей³⁷.

В УПК Казахстана специально подчеркивается, что «При решении вопросов, связанных с санкционированием ареста, суд ограничивается исследованием материалов дела,

³⁴ Алберт Вома Муконг против Камеруна, 21 июля 1994 года.

³⁵ Часть 3 ст. 245 УПК Республики Узбекистан.

³⁶ (*Лат.*) – «без которого не», то есть обязательным условием.

³⁷ См., например, постановления Европейского суда по правам человека по делам: от 8 февраля 2005 г. *Панченко против Российской Федерации*; от 2 марта 2006 г. *Долгова против Российской Федерации*; от 26 октября 2006 г. *Худобин против Российской Федерации*; от 24 мая 2007 г. *Соловьев против Российской Федерации* и мн. др.

относящихся к обстоятельствам, учитываемым при избрании указанной меры пресечения»³⁸. В ряде государств СНГ аналогичные предписания, включая прямой запрет вдаваться в вопрос о виновности задержанного, можно обнаружить в разъяснениях высших судебных органов³⁹. Между тем, вопрос об обоснованности подозрения (обвинения) входит в компетенцию суда при рассмотрении ходатайств об аресте, поступивших от органов уголовного преследования, и его разрешение вовсе не означает ни предвосхищение результатов главного судебного разбирательства, ни признание человека виновным уже на досудебной стадии процесса. Судья должен убедиться в том, что под стражу не будет заключен человек, обвинения против которого голословны, что подозрение (обвинение) подтверждается на этом этапе доказательствами, достаточными для вероятностного вывода о причастности лица к приписанному ему деянию, что это деяние получило адекватную квалификацию. В противном случае заключение под стражу окажется произвольным.

Предметом судебного рассмотрения, таким образом, выступает не виновность подозреваемого (обвиняемого), который с точки зрения презумпции невиновности продолжает и в случае заключения его под стражу пользоваться статусом невиновного, а добросовестность в данном вопросе органов уголовного преследования и основательность их позиции. Разумеется, такой подход предполагает не только выслушивание «явившихся в судебное заседание лиц», но и исследование доказательств в условиях устности и непосредственности: допрос потерпевшего и свидетелей, изучение вещественных доказательств, оглашение протоколов и других документов (например, доклада социального работника об условиях жизни несовершеннолетнего подозреваемого).

При продлении срока пребывания обвиняемого под стражей должны быть приняты во внимание и входить в предмет доказывания дополнительные обстоятельства, в частности: отпадение оснований, использовавшихся при обосновании первичного заключения под стражу (например, не должно, по общему правилу, повторяться в постановлении (определении) судьи, что есть опасность оказания давления на свидетелей, если они уже допрошены следователем); процессуальную активность следствия в работе с заключенным под стражу обвиняемым (например, планируются ли стационарные судебные экспертизы, новые очные ставки). В свете сказанного нельзя не отметить, что узбекское законодательство содержит следующую верную по замыслу норму: «В постановлении о возбуждении ходатайства о продлении срока содержания под стражей должны быть указаны причины затянувшегося расследования, версии и обстоятельства, подлежащие проверке...»⁴⁰. Казахстанский и Кыргызский законодатели по соответствующему поводу используют менее категоричные, более обтекаемые формулировки⁴¹.

Право лица на освобождение из-под стражи до суда

Согласно пункту 3 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах «Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом...». Право обвиняемого «на освобождение до суда» провозглашается Принципом 38 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме⁴².

К сожалению, в уголовно-процессуальном законодательстве Казахстана, Кыргызстана, Узбекистана не удалось найти норму, недвусмысленно признающую субъективное право обвиняемого пребывать до суда на свободе.

³⁸ Часть 7 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

³⁹ См., например: О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 5 марта 2004 г. № 1. Пункт 4 // Российская газета. – 2004. – 25 марта. – С. 11.

⁴⁰ Часть 2 ст. 247 УПК Республики Узбекистан.

⁴¹ Часть 8 ст. 153 УПК Республики Казахстан, ч. 4 ст. 111 УПК Кыргызской Республики.

⁴² Утв. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 9 декабря 1988 г.

Признание ареста исключительной мерой, применяемой только по необходимости

Казахстанский законодатель проводит мысль об исключительном характере ареста как меры пресечения, допуская ее применение: по делам об умышленных преступлениях, когда обвиняемому (подозреваемому) грозит наказание в виде лишения свободы на срок свыше 2 лет; по делам о неосторожных преступлениях, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 3 лет; по делам о преступлениях, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на меньшие сроки – при наличии особых обстоятельств, связанных с личностью обвиняемого (подозреваемого) либо его ненадлежащим поведением⁴³. При этом арест применяется, если нет возможности использовать более мягкую меру пресечения⁴⁴.

Подобная же позиция отражена в кыргызском законе: заключение под стражу может применяться, когда обвиняемому грозит наказание в виде лишения свободы на срок свыше 3 лет, либо на меньший срок, но лишь при наличии особых обстоятельств (обвиняемый не имеет постоянного места жительства в Кыргызстане; или его личность не установлена; или он скрылся). Арест избирается «при невозможности применения иной более мягкой меры пресечения», и следователь должен обосновать в адресованном судьбе ходатайстве, что «избрание иной меры пресечения невозможно»⁴⁵.

В Узбекистане задержанный подозреваемый может быть арестован лишь «в исключительных случаях судом»⁴⁶. Арест в качестве меры пресечения применяется «лишь в отношении задержанного подозреваемого или лица, привлеченного к участию в деле в качестве обвиняемого»⁴⁷. В этой стране заключение под стражу допустимо по делам об умышленных преступлениях, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 3 лет, и о преступлениях, совершенных по неосторожности, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 5 лет; если санкция соответствующей нормы уголовного материального права предусматривает меньшие предельные сроки лишения свободы, арест допустим, как и в Казахстане, и в Кыргызстане, лишь при наличии особых обстоятельств, причем одно из них («преступление совершено в период отбывания наказания в виде ареста либо лишения свободы») специфично для Узбекистана⁴⁸. Главным условием заключения под стражу выступает в Узбекистане невозможность применения иной меры пресечения⁴⁹.

Незамедлительное доставление подозреваемого (обвиняемого) к судье

Прежде всего, исключительно важно, что законодатели Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана остановились на модели, предполагающей доставление лица для установления необходимости его заключения под стражу именно к судье, а не к прокурору или другому лицу, располагающему судебной властью. Европейский суд по правам человека неоднократно констатировал нарушение Конвенции о защите прав человека и основных свобод в случаях, когда «другое должностное лицо, уполномоченное законом для осуществления судебной власти», оказывалось не судьей, а, например, военным аудитором или государственным обвинителем, которые могли вмешаться в последующее судебное разбирательство в качестве представителей прокуратуры⁵⁰. Комитет по правам человека постановил, что проверка обоснованности офицером высшего командного состава дисциплинарных мер с применением ареста, не отвечает требованиям пункта 4 статьи 9 Международного пакта о правах человека⁵¹.

⁴³ Часть 1 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

⁴⁴ Часть 3 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

⁴⁵ Часть 1 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

⁴⁶ Часть 3 ст. 226 УПК Республики Узбекистан.

⁴⁷ Часть 1 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

⁴⁸ Статья 242 УПК Республики Узбекистан.

⁴⁹ Ч. 3 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

⁵⁰ Бринкат против Италии, 26 ноября 1992; де Джонг, Белджет и ван дер Бринк, 22 мая 1984.

⁵¹ Вуоланн против Финляндии, 7 апреля 1980.

Уголовно-процессуальное законодательство каждой из трех названных центральноазиатских стран устанавливает сроки доставления подозреваемого (обвиняемого) к судье, отвечающие критерию незамедлительности.

Так, в соответствии с нормами УПК Республики Казахстан вопрос об аресте фактически задержанного подозреваемого передается на рассмотрение суда в срочном порядке: постановление прокурора о поддержании ходатайства следователя с подтверждающими материалами представляется судье не позднее чем за 12 часов до истечения срока задержания⁵². Судья обязан рассмотреть ходатайство органов уголовного преследования об аресте в течение 8 часов с момента поступления материалов в суд⁵³.

Срочность определяет и содержание кыргызского уголовно-процессуального закона. Ходатайство следователя с приложенными к нему материалами представляется судье «не позднее двух часов до истечения срока задержания», а судья располагает лишь 2 часами для рассмотрения обращения органа уголовного преследования⁵⁴.

Узбекский законодатель придерживается того же подхода: ходатайство в отношении задержанного и обосновывающие материалы должны быть представлены прокурором в суд не позднее чем за 12 часов до истечения срока задержания (то есть после 36 часов пребывания подозреваемого под стражей); суд рассматривает ходатайство в течение 12 часов с момента поступления материалов, но не позднее предельного срока задержания⁵⁵.

Необходимо отметить, однако, что в УПК Республики Узбекистан имеется и спорная норма, позволяющая откладывать рассмотрение вопроса об аресте фактически задержанного подозреваемого после срочного доставления его к судье. Допускается отложение судьей разрешения вопроса об избрании меры пресечения и продление срока задержания на 48 часов «для представления сторонами дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности применения меры пресечения в виде заключения под стражу»⁵⁶. Это положение неудачно не только потому, что затягивается вынесение акта судебного контроля по поводу свободы человека, но также и поскольку судья, фактически солидаризуясь с обвинением, не освобождает из-под стражи человека, в отношении которого не представлены веские улики, требующие заключения его под стражу. Прокурору и следователю тем самым отпускается дополнительный срок на подготовку изобличающих материалов. Думается, прокурор обязан доказать необходимость заключения лица под стражу в момент доставления подозреваемого в суд, а не впоследствии; если же следственные материалы оказались неубедительными, подозреваемый должен быть судьей немедленно освобожден и в ходатайстве о его заключении под стражу справедливо отказать.

Доступность помощи адвоката

В анализируемых источниках законодатель стремился обеспечить подозреваемому (обвиняемому) своевременный доступ к квалифицированной юридической помощи. Досадное исключение составляет одна из норм Кыргызского УПК.

Уголовно-процессуальное законодательство Кыргызстана допускает отсутствие защитника в судебном заседании при рассмотрении вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, если защитника нет «по уважительным причинам» (болезнь, командировка и т.д.)⁵⁷. Данное решение не только нарушает права подозреваемого (обвиняемого), фактически лишая его доступа к квалифицированной юридической помощи в

⁵² Часть 4 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

⁵³ Часть 6 ст. 150 УПК Республики Казахстан.

⁵⁴ Части 2 и 3 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

⁵⁵ Части 4 и 6 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

⁵⁶ Пункт 3 ч. 10 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

⁵⁷ Часть 3 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

один из самых драматических моментов производства по делу, но также противоречит: принципу состязательности процесса и равноправию сторон, создавая перекос в пользу обвинения; общим условиям непосредственности и устности, так как позволяет заменить живое общение защитника с судом приобщением к уголовному делу письменного ходатайства адвоката. С точки зрения требований профессиональной этики, упречно поведение адвоката-защитника, отказывающегося «по уважительной причине» от представительства в суде интересов доверителя, которому грозит заключение под стражу, и знающего, что клиенту в этой ситуации суд может не обеспечивать участия в процессе другого адвоката: замена защитника на другого предусмотрена лишь при его тяжелой болезни или смерти⁵⁸. Представляется, что отсутствие защитника в судебном заседании не должно допускаться, кроме случаев добровольного и разумного отказа от адвоката самого подозреваемого (обвиняемого), если он способен самостоятельно организовать свою защиту.

Кроме того, нуждается в уточнении вопрос о том, на каком должностном лице лежит обязанность обеспечить участие защитника в судебном заседании: на следователе (прокуроре) или на судье.

Непродолжительность ареста

К сожалению, во всех трех странах Центральной Азии предусматриваются чрезмерно продолжительные сроки ареста. В Казахстане предельный срок содержания под стражей по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях составляет 12 месяцев⁵⁹. Фактически время пребывания под стражей, особенно по уголовным делам со множеством обвиняемых, может растягиваться на неопределенно долгий период: ведь течение срока приостанавливается для узника, знакомящегося с материалами дела либо ожидающего, пока с делом ознакомится его защитник (и, вероятно, другие обвиняемые)⁶⁰. В Кыргызстане предельный срок содержания под стражей при расследовании уголовного дела составляет 1 год независимо от тяжести инкриминированного деяния, но «Срок ознакомления обвиняемого с материалами дела... засчитывается в срок содержания его под стражей»⁶¹. В Узбекистане в случаях расследования дел особой сложности в отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, срок содержания под стражей на досудебных стадиях процесса может составить 1 год, а по делам о прочих преступлениях – до 9 месяцев⁶².

В анализируемых текстах Уголовно-процессуальных кодексов не конкретизирован в достаточной степени срок (в особенности, первоначальный), который судья может определить для содержания под стражей. В качестве общего правила провозглашается, что срок ареста на стадии предварительного расследования уголовного дела не должен превышать 2 месяцев⁶³, а в Узбекистане – 3 месяцев⁶⁴. Это позволяет органам уголовного преследования испрашивать, а судьям сразу же определять чрезмерно длительные сроки содержания обвиняемых под стражей. Между тем, английский судья на этапе расследования уголовного дела возвращается к проверке необходимости содержания лица под стражей каждые 8 суток⁶⁵.

Продолжительность фактического пребывания лица под стражей зависит не только от определяемых судьями сроков ареста, но и от действенности механизмов освобождения из-под стражи арестованных лиц.

Казахстанское уголовно-процессуальное законодательство возлагает на руководителя администрации места содержания под стражей обязанность освободить обвиняемого из-под

⁵⁸ Часть 3 ст. 110 УПК Кыргызской Республики.

⁵⁹ Часть 4 ст. 153 УПК Республики Казахстан.

⁶⁰ Часть 15 ст. 153 УПК Республики Казахстан.

⁶¹ Части 1, 2 и 4 ст. 111 УПК Кыргызской Республики.

⁶² Часть 2 ст. 245 УПК Республики Узбекистан.

⁶³ Часть 1 ст. 153 УПК Республики Казахстан, ч. 1 ст. 111 УПК Кыргызской Республики.

⁶⁴ ч. 1 ст. 245 УПК Республики Узбекистан.

⁶⁵ См.: Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. Изд. 2-е, доп. и испр. – М.: Издательство «Зерцало – М», 2002. – С. 111.

стражи, если истекли сроки его содержания под стражей⁶⁶. Очень важно, чтобы подобная норма содержалась не только в специальном законодательстве о содержании под стражей обвиняемых и подозреваемых, но была также возведена в ранг процессуального требования.

Представляется неоправданным искусственное усложнение процедуры освобождения из-под стражи обвиняемого, когда органы уголовного преследования не видят более смысла в дальнейшей изоляции подследственного. Так, закон Республики Казахстан, по сути, возлагает на суд функцию органа уголовного преследования, требуя от следователя и прокурора не освобождать арестованного из-под стражи до получения санкции суда; при этом наиболее заинтересованное в освобождении лицо – обвиняемый – доставляется в судебное заседание лишь «в случае необходимости»⁶⁷. Более расплывчатая по формулировке, но допускающая такое же истолкование норма имеется в законе Кыргызстана: «Мера пресечения, избранная на основании судебного решения, может быть изменена или отменена по решению суда»⁶⁸. Думается, предпочтительнее нормы узбекского права, согласно которым отменить или изменить меру пресечения в виде заключения под стражу вправе прокурор или следователь с его согласия, о чем суд информируется⁶⁹.

Сохранение контактов с внешним миром

Изучив в 1996 году законы Перу, Комитет ООН по правам человека пришел к выводу, что «заключение без права общения создает условия для применения пыток и... следовательно, этой практики нужно избегать» и что «надо принять срочные меры для ограничения применения заключения без права общения». Близкие обвиняемому люди должны иметь возможность вступить с ним в переписку, пусть и подцензурную, поддерживать его материально, передавая продукты и медикаменты, а также добиваться свиданий с заключенным.

Законодательство Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана предусматривает уведомление родственников обвиняемого (в Узбекистане при их отсутствии можно информировать также близких арестованному лиц) о факте избрания самой радикальной меры пресечения, а кыргызский УПК требует сообщить родственникам и о месте содержания обвиняемого под стражей⁷⁰. Данное положение законодательства названных стран служит необходимой предпосылкой для сохранения контактов заключенного подозреваемого (обвиняемого) с внешним миром.

Основные выводы и рекомендации

Введение в практику уголовного судопроизводства Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана процедур типа *habeas corpus* является для этих стран значительным шагом вперед на пути приведения национального законодательства в соответствие с международными стандартами в области защиты прав и свобод человека. Можно сделать вывод, что анализируемые законодательные акты, не будучи свободными от некоторых недостатков, все-таки обеспечивают надлежащее правовое регулирование института судебного санкционирования избрания ареста в качестве меры пресечения и продления срока содержания обвиняемого под стражей.

Развитие национального законодательства типа *habeas corpus* могло бы происходить с учетом следующих соображений и рекомендаций.

⁶⁶ Часть 13 ст. 153 УПК Республики Казахстан.

⁶⁷ Часть 5 ст. 154 УПК Республики Казахстан.

⁶⁸ Часть 3 ст. 112 УПК Кыргызской Республики.

⁶⁹ Часть 1 ст. 36, ч. 2 ст. 240 УПК Республики Узбекистан.

⁷⁰ Часть 14 ст. 150 УПК Республики Казахстан, ч. 10 ст. 110 УПК Кыргызской Республики, ч. 1 ст. 217 УПК Республики Узбекистан.

1. В числе субъективных прав подозреваемого (обвиняемого) необходимо упомянуть в тексте процессуального закона его право пребывать до суда на свободе, кроме исключительных случаев, когда заключение под стражу необходимо по соображениям безопасности других лиц, а также в интересах правосудия.

2. Срок заключения под стражу справедливо было бы исчислять не «с момента доставления в орган следствия», а с момента фактического задержания лица.

3. Поскольку на постсоветском пространстве традиционно большое значение имеет прокуратура и в законодательстве типа *habeas corpus* надзирающим прокурорам обычно придается роль фильтра на пути адресованных суду ходатайств о заключении под стражу, было бы целесообразно предусмотреть возможность предварительного допроса (заслушивания) прокурором лица, в отношении которого испрашивается применение ареста. Такой порядок мог бы распространяться на задержанных лиц и, как в Узбекистане, на несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых).

4. Недостаточно указывать в законе общие (предельные) сроки заключения под стражу в качестве меры пресечения. Необходимо точно прописать, какими порциями может судья расходовать запас сроков ареста. Реализация данного предложения будет означать, что арест станет единовременно применяться не на несколько месяцев, а на 7 – 10 дней с последующей проверкой необходимости содержания обвиняемого под стражей. Результатом такой проверки будет либо освобождение обвиняемого из-под стражи либо продление срока содержания под стражей еще на 7 – 10 суток. Такой порядок активизирует производство следственных действий и ускорит уголовное судопроизводство, исключив ситуации, когда арестованный месяцами не допрашивается и не выводится из камеры для производства с его участием следственных действий.

5. Важная, основанная на прецедентах международных органов по защите прав человека оговорка, ограничивающая предельный срок содержания под стражей максимальным сроком лишения свободы, предусмотренного за совершение приписанного обвиняемому преступления, имеется в законодательстве Казахстана⁷¹. Данная норма могла бы быть заимствована и законодателями других стран Содружества.

6. Решительно следует отказаться от заочного, в отсутствие подозреваемого (обвиняемого) рассмотрения ходатайства о заключении его под стражу. Исключение могут составлять случаи объявления его в розыск, и тогда судья вправе избрать в отношении разыскиваемого лица меру пресечения в виде заключения под стражу, но лишь до момента судебной проверки необходимости ее сохранения. При этом фактически заключенный под стражу получит право на новое слушание в суде первой инстанции по вопросу о мере пресечения.

Так, процессуальное законодательство Кыргызстана содержит следующее правовое положение: лицо, в отношении которого судья заочно вынес постановление о заключении под стражу, в течение 48 часов «с момента его фактического доставления в орган следствия должно быть доставлено в суд для проверки законности и обоснованности его задержания»⁷². Данное демократическое положение сильно выиграло бы, если бы предмет рассмотрения *post factum* включал в себя не только формальный вопрос о правомерности задержания (взятие под стражу лица, в отношении которого избрана соответствующая мера пресечения, практически всегда законно), но также и о необходимости и юридической возможности сохранения в силе решения об аресте.

7. При рассмотрении судьей ходатайства органов уголовного преследования о заключении лица под стражу (продлении срока ареста) необходимо обеспечить в обязательном порядке очное участие защитника, не ограничиваясь, как в Кыргызстане, оглашением его письменного заявления. При этом нужно точно определить в законе, какое должностное лицо обязано обеспечить участие защитника в суде. Такая обязанность, представляется, может быть

⁷¹ Часть 5 ст. 153 УПК Республики Казахстан.

⁷² Часть 9 статьи 110 УПК Кыргызской Республики.

возложена на следователя, а в случае неисполнения им данного требования защитника назначить должен суд.

8. Условием справедливости процедуры типа *habeas corpus* выступает предварительное ознакомление стороны защиты с материалами, приложенными стороной обвинения к ходатайству о мере пресечения.

К сожалению, ни в статье 150 УПК Республики Казахстан, ни в ст. 110 УПК Кыргызской Республики, ни в ст. 243 УПК Республики Узбекистан не говорится, на каком этапе процедуры решения вопроса об аресте и какое именно должностное лицо (следователь, прокурор, судья) обязаны ознакомить сторону защиты с материалами, представляемыми в суд в обоснование необходимости заключения лица под стражу. Думается, следователь мог бы вручать стороне защиты копии представляемых им материалов, а судья, если копия не вручена, - знакомить подозреваемого (обвиняемого) и его защитника по их ходатайству с соответствующими документами в суде.

9. Нет причин рассматривать вопрос о заключении под стражу исключительно в закрытых судебных заседаниях.

В узбекском законе специально оговаривается, что «Ходатайство о применении меры пресечения в виде заключения под стражу рассматривается в закрытом судебном заседании», как и ходатайство о продлении срока содержания под стражей⁷³. Такое ограничение гласности *a priori* недопустимо в свете требований справедливого судебного разбирательства, пока не будет установлено, что соответствующий запрет обусловлен целями, предусмотренными частью 4 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

10. На практике встают вопросы, связанные с поведением суда, во-первых, при несвоевременном (после истечения предельного срока задержания) обращении органов уголовного преследования в суд с ходатайством об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу, а во-вторых, при истечении срока задержания до вынесения судьей постановления (определения).

Представляется, что судья в этих случаях обязан своей властью освободить подозреваемого (обвиняемого) из-под стражи.

11. Необходимо отказаться от норм, позволяющих судье в угоду следователю и прокурору продлять срок задержания лица для поиска стороной обвинения новых улик. Неполное обоснование в заседании суда необходимости заключения под стражу может иметь только одно последствие – отказ в удовлетворении ходатайства об аресте.

12. Целесообразно конкретно и полно описать предмет доказывания при рассмотрении ходатайства о заключении под стражу (продлении срока содержания под стражей). Необходимым элементом его выступает установление обоснованности подозрения (обвинения). На этом этапе производства стандарт доказанности обвинения не столь высок, как в главном разбирательстве. Речь может идти, во-первых, о вероятной причастности подозреваемого (обвиняемого) к приписанному ему деянию, а во-вторых, о правильности квалификации органами расследования приписанного деяния.

13. В судебном заседании при рассмотрении ходатайства об аресте должны по ходатайству сторон исследоваться доказательства, в том числе, допрашиваться потерпевший и свидетели.

14. В процессуальном законе полезно было бы иметь формулировки, исключающие использование при продлении срока пребывания под стражей тех же доводов и обстоятельств, которые использовались при первичном заключении лица под стражу: по мере расследования уголовного дела многие из ранних аргументов утрачивают свое значение и отпадают.

⁷³ Часть 6 ст. 243, ч. 4 ст. 247 УПК Республики Узбекистан.

15. Близкие заключенному под стражу подозреваемому (обвиняемому) лица должны уведомляться не только о самом факте ареста, но и о месте содержания его под стражей. По просьбе заключенного под стражу человека органы уголовного преследования обязаны уведомить об этих обстоятельствах также адвоката, с которым у подозреваемого (обвиняемого) имеются доверительные отношения.

16. Жалобу на постановление (определение) судьи о заключении под стражу (о продлении срока содержания под стражей) вышестоящая судебная инстанция должна рассматривать в экстренном порядке, в кратчайшие сроки, не превышающие 72 часов.

17. Весьма важным представляется предписание казахстанского законодателя о ведении протокола в суде областного уровня при рассмотрении жалобы (протеста) на постановление нижестоящего судьи об аресте⁷⁴.

18. Законодатель мог бы признать за стороной защиты право возбудить вопрос перед судом вопрос о незаконности содержания доверителя под стражей в любой момент, не дожидаясь обращения в суд органов уголовного преследования с ходатайством о продлении срока содержания обвиняемого под стражей⁷⁵.

19. Целесообразно обдумать возможность включения в уголовно-процессуальные кодексы ключевых правил о режиме содержания лица под стражей, в особенности, гарантирующих его свободу от пыток и запугивания, а также о порядке его контактов с адвокатом и вообще с внешним миром. Условия содержания обвиняемого под стражей выступают, например, неотъемлемой частью УПК ФРГ.

20. Суд не должен решать вопрос о санкционировании освобождения лица из-под стражи, когда надобности в сохранении данной меры пресечения не видят органы уголовного преследования. В противном случае он превращается в орган репрессии и попадает в ложное положение, противоречащее основным началам состязательности процесса. Следовательно, орган дознания, прокурор, как представляется, вправе своей властью отменить и изменить на менее радикальную всякую меру пресечения, даже избранную по их ходатайству судом.

Среди процессуальных норм, обеспечивающих неприкосновенность личности, нет мелких и незначительных. В данном исследовании удалось проанализировать только важнейшие из положений законодательства типа *habeas corpus*, принятого в Казахстане, Кыргызстане, Узбекистане. Позвольте выразить надежду, что изложенные выше соображения и предложения *de lege ferenda* будут полезны уважаемым коллегам в развитии демократических положений уголовно-процессуальных кодексов их стран.

Сентябрь 2008 г.

⁷⁴ Часть 6 ст. 110 УПК Республики Казахстан.

⁷⁵ См.: принцип 32 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утв. (резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г.

**Аналитический доклад
«Уголовно-исполнительная система Республики Казахстан 2000-2008 г.г.:
современное состояние и перспективы развития»⁷⁶**

Содержание:

Введение

1. Стратегия развития правовой политики Республики Казахстан в сфере назначения и исполнения уголовных наказаний
 2. Программы развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан
 3. Институциональные изменения в уголовно-исполнительной системе Республики Казахстан
 4. Законодательные изменения и их влияние на уголовно-исполнительную систему Республики Казахстан
 5. Заключительные положения
- Предложения по дальнейшему реформированию уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан

ВВЕДЕНИЕ

Согласно Закону Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г. № 209-І с 1 января 1998 года введен в действие Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан. Следует отметить, что с момента обретения суверенитета и до 1998 г. в Казахстане действовал Исправительно-трудовой кодекс Казахской ССР 1971 года, основу которого, в свою очередь, составляло Исправительно-трудовое законодательство Союза СССР и Союзных республик. Одновременно с 1 января 1998 г. в республике был введен в действие Уголовный кодекс Республики Казахстан, которым был определен исчерпывающий перечень видов наказаний.

Таким образом, в 2008 г. исполнилось десять лет с момента принятия нового уголовно-исполнительного законодательства и фактически создания системы исполнения наказаний суверенного Казахстана. Срок достаточно большой, чтобы проанализировать пройденный этап, эффективность деятельности уголовно-исполнительной системы в новых политических и экономических реалиях.

Вместе с тем, развитие уголовно-исполнительной системы Казахстана невозможно рассматривать вне общей стратегии развития правовой политики Республики Казахстан, которая осуществляется посредством разработки и принятия программных документов и совершенствования законодательства.

1. СТРАТЕГИЯ РАЗВИТИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН В СФЕРЕ НАЗНАЧЕНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ УГОЛОВНЫХ НАКАЗАНИЙ

Важнейшим документом, определившим развитие и становление уголовно-исполнительной политики, является Постановление Президента Республики Казахстан от 12 февраля 1994 г. № 69 «О Государственной программе правовой реформы в Республике Казахстан».

⁷⁶ Настоящий аналитический доклад подготовлен в рамках проекта Центра исследования правовой политики при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в аналитическом докладе, могут не совпадать с позицией ОБСЕ и отражают точку зрения Центра исследования правовой политики.

Реализация положений программы нашла свое отражение в Уголовном и Уголовно-исполнительных кодексах Республики Казахстан, вступивших в действие с 1 января 1998 года.

В Уголовном кодексе Республики Казахстан претерпел значительные изменения перечень видов наказаний. Из него были исключены, как это и предусматривалось Программой реформирования такие виды наказаний как общественное порицание и увольнение от должности, а также условное осуждение и условное освобождение с обязательным привлечением к труду на стройках народного хозяйства.

В то же время система наказаний была дополнена такими видами, как привлечение к общественным работам, ограничение свободы, ограничение по воинской службе, арест. При этом, введение в действие наказаний в виде привлечения к общественным работам, ограничения свободы и ареста было отсрочено до создания необходимых условий.

В Уголовно-исполнительном кодексе Республики Казахстан (далее – УИК РК) была законодательно закреплена прогрессивная система отбывания наказания. В исправительных колониях общего и строгого режимов создаются согласно законодательству четыре вида условий отбывания наказания – обычные, облегченные, льготные и строгие, а в исправительных колониях особого режима - обычные, облегченные и строгие. В зависимости от поведения и отбытого срока наказания осужденные последовательно переводятся из одних условий отбывания наказания в другие. Положительно характеризующиеся могут постепенно быть переведены в льготные условия отбывания наказания, где в целях успешной адаптации к жизни на свободе им разрешается по постановлению начальника исправительной колонии проживать в специальных общежитиях за пределами исправительной колонии под надзором. Они могут свободно передвигаться в пределах границ территории, прилегающей к исправительному учреждению, не ограничиваются в правах на свидания с родственниками. Осужденные, не желающие подчиняться требованиям внутреннего распорядка, помещаются в строгие условия отбывания наказания, где проживают в запираемых помещениях.

Дифференциация условий отбывания наказания внутри одного учреждения по позволила сократить количество видов исправительных учреждений – в новом законодательстве не были предусмотрены колонии усиленного режима.

Важным достижением уголовно-исполнительного законодательства является включение в него раздела 2 «Правовое положение осужденных». В ней детализированы права и обязанности лиц, отбывающих уголовные наказания, в том числе в области личной безопасности и обеспечения свободы совести. При этом законодательство впервые ориентировано на соблюдение международных норм и стандартов, что подчеркивается пунктом 11 статьи 10 УИК РК, устанавливающей, что порядок реализации прав осужденных устанавливается Кодексом, законами Республики Казахстан и иными нормативными правовыми актами, межгосударственными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан.

Следующим документом, определяющим дальнейшее направление развития уголовной и уголовно-исполнительной политики, является Указ Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года № 949 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан».

Концепция определяет, что реализация уголовной политики Республики Казахстан должна развиваться в соответствии с принципами законности, равенства граждан перед законом и судом, справедливости, гуманизма и экономии уголовных репрессий, неотвратимости уголовной ответственности и наказания, защиты прав потерпевших, в том числе и государства, и включать в себя принятие комплекса законодательных мер, направленных на:

- продолжение курса на постепенное сужение сферы применения смертной казни, а также рассмотрение возможности объявления моратория на смертную казнь;
- дальнейшую декриминализацию правонарушений, относящихся к преступлениям небольшой тяжести, в том числе и посредством перевода их в сферу административной и гражданско-правовой ответственности;

- расширение применения имущественных санкций за отдельные виды экономических преступлений, а также расширение применения наказаний, не связанных с лишением свободы, в отношении лиц, совершивших преступления небольшой и средней тяжести;
- более широкое применение мер поощрительного характера при деятельном раскаянии лиц, совершивших преступления;
- исключение применения наказания в виде лишения свободы в отношении несовершеннолетних, совершивших преступления небольшой тяжести, и сужение сферы применения лишения свободы в отношении несовершеннолетних, совершивших преступления средней тяжести;
- создание необходимых условий введения в действие уголовно-правовых норм, предусматривающих такие новые виды наказания, как ограничение свободы, арест, пожизненное лишение свободы.

Основными направлениями развития уголовно-исполнительной системы определены: совершенствование законодательной базы с целью приведения ее в соответствие с основными положениями международных актов о правах человека и международных соглашений, определяющих основные принципы и порядок обращения с осужденными, а также дальнейшее улучшение ее материально-технической базы, продолжение политики гуманизации.

В целях профилактики рецидивной преступности необходимо создание системы условий и разработка нормативных правовых актов, направленных на социальную адаптацию лиц, освобождаемых из мест лишения свободы, функционирование соответствующих центров по социальной адаптации.

Поскольку реализация указанных направлений развития уголовной и уголовно-исполнительной политики осуществляется посредством принятия законодательных актов, ее результаты будут рассмотрены в главе «Законодательные изменения и их влияние на уголовно-исполнительную систему Республики Казахстан».

2. ПРОГРАММЫ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Решение стратегических задач развития правовой политики Республики Казахстан в сфере назначения и исполнения уголовных наказаний осуществлялось поэтапно, путем реализации межведомственных программ, утверждаемых Правительством Республики Казахстан.

Первой в ряду этих программ стоит Правительственная Программа по материально-техническому и социально-правовому обеспечению уголовно-исполнительной системы Министерства внутренних дел и мест предварительного заключения под стражу Государственного следственного комитета Республики Казахстан на период до 2000 года, одобренная Постановлением Правительства Республики Казахстан от 1 октября 1996 года N 1199 «О мерах по стабилизации деятельности учреждений уголовно-исполнительной системы и мест предварительного заключения под стражу в Республике Казахстан».

Следует особо отметить, что данная Программа предусматривала не только мероприятия по улучшению материально-технического оснащения учреждений уголовно-исполнительной системы, но и в ее рамках была утверждена Концепция развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан. Концепцией предусматривался переход к дифференцированным условиям содержания, имплементация в законодательство международных норм и стандартов обращения с осужденными, введение новых видов наказания и методов исправления осужденных. Так, планом мероприятий предусматривалось строительство арестных домов, введение в штаты исправительных учреждений психологов, укрепление связей с общественными и религиозными организациями, создание медико-реабилитационных центров для сотрудников уголовно-исполнительной системы.

К сожалению, Программа не была в достаточной степени подкреплена ресурсами и не все мероприятия удалось реализовать в полном объеме. Тем не менее, было разработано новое уголовно-исполнительное законодательство, начато строительство новых исправительных учреждений на базе военных городков, заложены новые принципы исправления осужденных, в которых приоритет отдавался не труду, а психолого-педагогическим методам. С этой точки зрения значение первой Программы трудно переоценить.

Постановлением Правительства Республики Казахстан от 22 января 2001 года № 92 была утверждена Программа улучшения материально-технической базы исправительных учреждений и следственных изоляторов Республики Казахстан на 2001-2003 годы.

Целью Программы являлось укрепление материально-технической базы исправительных учреждений и следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы МВД Республики Казахстан, обновление инженерно-технических средств охраны, приведение коммунально-бытовых условий содержания осужденных и лиц, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений, а также их перевозки в соответствии с требованиями действующего уголовно-исполнительного законодательства. Для этого предстояло решить следующие задачи:

- 1) снижение плотности содержания осужденных в исправительных учреждениях и следственных изоляторах путем строительства новых и реконструкции действующих исправительных учреждений и следственных изоляторов;
- 2) создание условий для отбывания наказания всех категорий осужденных в пределах того региона, где они были осуждены или проживали до ареста;
- 3) уменьшение количества перевозок осужденных по республике;
- 4) повышение безопасности содержания осужденных в исправительных учреждениях при отбывании наказания;
- 5) снижение количества преступлений среди осужденных, количества их побегов из охраняемых исправительных учреждений и следственных изоляторов.

Для решения этих задач предполагалось выделение из Республиканского бюджета 4135 млн. тнг.

Следует отметить, что Программа была направлена именно на укрепление материально-технической базы исправительных учреждений и следственных изоляторов, так как их состояние было довольно плачевным, численность содержащихся в учреждениях превышала установленные лимиты наполнения, улучшение условий содержания осужденных в этих условиях было проблематичным. Эта Программа была успешно реализована, что создало условия для решения других задач.

Постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2003 года № 1376 была утверждена «Программа дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2004-2006 годы».

Цель Программы: улучшение условий содержания осужденных, содержащихся в исправительных учреждениях; качества исполнения наказаний, не связанных с изоляцией от общества; профессиональной подготовки сотрудников уголовно-исполнительной системы

Задачи:

- 1) совершенствование законодательства в сфере исполнения наказаний, обеспечения прав и законных интересов лиц, содержащихся в исправительных учреждениях;
- 2) максимальное приближение условий содержания осужденных к требованиям международных норм и стандартов;
- 3) строительство новых и реконструкция действующих исправительных учреждений;
- 4) улучшение материально-технической базы исправительных учреждений;
- 5) создание условий для эффективного исполнения наказаний, альтернативных лишению свободы, и мер уголовно-правового воздействия;
- 6) увеличение трудовой занятости осужденных;
- 7) улучшение профессиональной подготовки сотрудников уголовно-исполнительной системы.

В целом реализация Программы успешно завершена. Значительно улучшена нормативная правовая база деятельности УИС, улучшено материально-техническое оснащение, повышена инженерно-техническая защищенность исправительных учреждений и следственных изоляторов.

Вместе с тем, в ходе реализации Программы возник ряд проблемных вопросов, не позволивший в полной мере достичь поставленных задач и получить ожидаемые результаты от её реализации.

Так, пунктами 5, 6, 7 Плана первоначально было предусмотрено увеличение штатной численности уголовно-исполнительных инспекций и контролеров по надзору в исправительных учреждениях, а также преобразование уголовно-исполнительных инспекций в государственные учреждения.

Вместе с тем, в связи с уточнением сумм расходов на 2005 – 2006 годы и с целью приведения в соответствие с законодательством бюджетных расходов на реализацию Программы, постановлением Правительства Республики Казахстан от 11 февраля 2006 года № 97 «О внесении изменений в постановление Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2003 года № 1376» данные пункты Плана были исключены.

В настоящее время действует «Программа дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2007-2009 годы», утвержденная Постановлением Правительства Республики Казахстан от 6 августа 2007 года № 673.

Целью Программы является повышение эффективности работы уголовно-исполнительной системы.

Задачи:

- 1) Совершенствование организации управления УИС и улучшение условий содержания лиц в учреждениях УИС;
- 2) Повышение эффективности исполнения уголовных наказаний, обеспечение трудозанятости осужденных, создание условий для социальной реабилитации лиц, освобожденных из мест лишения свободы;
- 3) Повышение эффективности мер уголовно-правового воздействия, не связанных с изоляцией осужденных от общества;
- 4) Укрепление кадрового состава, совершенствование системы профессиональной подготовки сотрудников, повышение правовой и социальной защищенности персонала учреждений УИС, снижение количества коррупционных правонарушений среди сотрудников УИС.

Для достижения поставленных задач разработан План мероприятий по реализации Программы. К сожалению, в Плате мероприятий достаточно широко представлены вопросы капитального строительства и укрепления материально-технической базы, в то время как по повышению эффективности мер уголовно-правового воздействия предусмотрено лишь два пункта, в том числе один по увеличению численности уголовно-исполнительных инспекций, формой реализации которого является внесение предложений в МВК. Фактически данной программой выделение средств на эти цели не предусмотрено.

3. ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ В УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

В августе 2000 г. Главой государства было дано поручение о передаче уголовно-исполнительной системы из ведения Министерства внутренних дел в ведение Министерства юстиции. Данное решение являлось логическим продолжением реализации Государственной программы правовой реформы в Республике Казахстан, утвержденной Постановлением Президента Республики Казахстан от 12 февраля 1994 г. № 1569.

В частности, в Программе было сказано: – «Продумать иные меры освобождения Министерства внутренних дел от функций, не связанных с охраной общественного порядка, следствия и дознания, предупреждения правонарушений». Реализуя данное положение из Министерства внутренних дел в ведение Министерства по чрезвычайным ситуациям были переданы функции противопожарной охраны, Генеральной Прокуратуре – специальные учеты.

Для решения комплекса задач по передаче уголовно-исполнительной системы в ведение Министерства юстиции Постановлением Правительства Республики Казахстан от 1 ноября 2000 г. № 1651 была создана межведомственная комиссия по вопросам реформирования пенитенциарной системы.

Комиссии было поручено в срок до 1 декабря 2000 г. разработать и внести на рассмотрение Правительства Республики Казахстан пакет проектов нормативных правовых актов, необходимых для осуществления передачи пенитенциарной системы в ведение Министерства юстиции Республики Казахстан, изучался опыт Российской Федерации, где такая передача была осуществлена в 1997 году.

Основными целями, которые преследовались передачей уголовно-исполнительной системы в гражданское ведомство, являлись:

- 1) Разделение функций уголовного преследования и исполнения уголовных наказаний;
- 2) Повышение правовой защищенности осужденных, более полная реализация их прав и законных интересов;
- 3) Имплементация в национальное законодательство международных норм и стандартов обращения с заключенными;
- 4) Демилитаризация уголовно-исполнительной системы.

В законодательном плане передача уголовно-исполнительной системы была осуществлена принятием Закона Республики Казахстан №244 от 16 июля 2001 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам реформирования уголовно-исполнительной системы и статуса ее работников».

Комитет уголовно-исполнительной системы в составе Министерства юстиции был создан Постановлением Правительства Республики Казахстан от 28 декабря 2001 г. № 1755 «Вопросы Комитета уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан».

Следует отметить, что уголовно-исполнительная система была передана в ведение Министерства юстиции не в полном составе – следственные изоляторы остались в ведении Министерства внутренних дел. Их передача в Министерство юстиции была осуществлена в 2004 г. Постановлением Правительства Республики Казахстан от 8 января 2004 г. № 17 «Некоторые вопросы передачи следственных изоляторов Министерства внутренних дел Республики Казахстан в ведение Министерства юстиции Республики Казахстан» в рамках реализации Указа Президента Республики Казахстан от 23 декабря 2003 года N 1255 «О мерах по дальнейшему совершенствованию системы государственного управления Республики Казахстан».

В настоящее время в состав Комитета уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан входят 75 учреждений. В том числе: 19 исправительных колоний общего режима, 19 – строгого, 5 колоний особого режима, 1 тюрьма, 17 колоний поселений, 8 больниц, 4 воспитательные колонии, 2 центра социальной реабилитации для лиц, освободившихся из мест лишения свободы.

4. ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ И ИХ ВЛИЯНИЕ НА УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНУЮ СИСТЕМУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

За период, прошедший с момента введения в действие уголовного и уголовно-исполнительного законодательства, изменения в Уголовный кодекс Республики Казахстан

вносились двадцать три раза и в Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан – двенадцать раз.

Закон Республики Казахстан от 5 мая 2000 г. № 47-II «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам борьбы с преступностью» в целом был направлен на усиление ответственности за отдельные категории преступлений. Краткий анализ закона позволяет установить следующее. Ужесточение ответственности произошло по тридцати составам преступлений путем увеличения нижнего или верхнего предела наказания в виде лишения свободы. При этом по десяти составам изменилась категория тяжести – из категорий небольшой тяжести в категорию средней тяжести и из категории средней тяжести в категорию тяжких преступлений. Смягчение ответственности произошло по двум составам преступлений, один из которых перешел из категории тяжких в категорию преступлений средней тяжести.

Здесь следует сделать определенную оговорку. Законопроект разрабатывался в период действия Государственной программы правовой реформы в Республике Казахстан, одним из приоритетов которой являлось расширение размеров и сферы применения санкций имущественного характера, как более соответствующих рыночным отношениям. Вероятно, именно этим объясняется то, что санкции десяти составов преступлений были дополнены наказаниями в виде штрафа и конфискации имущества. Санкция еще одного состава преступления была дополнена наказанием в виде исправительных работ.

В плане изменений в системе наказаний необходимо отметить, что данным Законом с 1 января 2000 г. введено в действие наказание в виде привлечения к общественным работам, введение которого в действие в соответствии с Законом Республики Казахстан Закон Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 168-I «О введении в действие Уголовного кодекса Республики Казахстан» было отсрочено до создания необходимых условий, но не позднее 2003 года.

Наказание в виде общественно-полезных работ рекомендовано для включения в национальные законодательства пунктом 8.2 Минимальных стандартных правил Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила, приняты резолюцией 45/110 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1990 г.).

В Уголовном кодексе Республики Казахстан наказание в виде привлечения к общественным работам входит в санкции более чем семидесяти составов преступлений. Поэтому, исходя из мирового опыта применения данного вида наказания, предполагалось, что общественные работы существенно потеснят традиционные для ранее действующего законодательства виды наказаний. В некоторых странах Западной Европы и Америки удельный вес общественных работ в общей структуре наказаний достигает 20%. При включении в виды наказаний общественным работам придавалось большое значение.

Вместе с тем судебная практика показала, что назначение данного вида наказания происходит достаточно редко, о чем можно судить по статистическим данным, предоставленным Комитетом по правовой статистике и информации при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан.

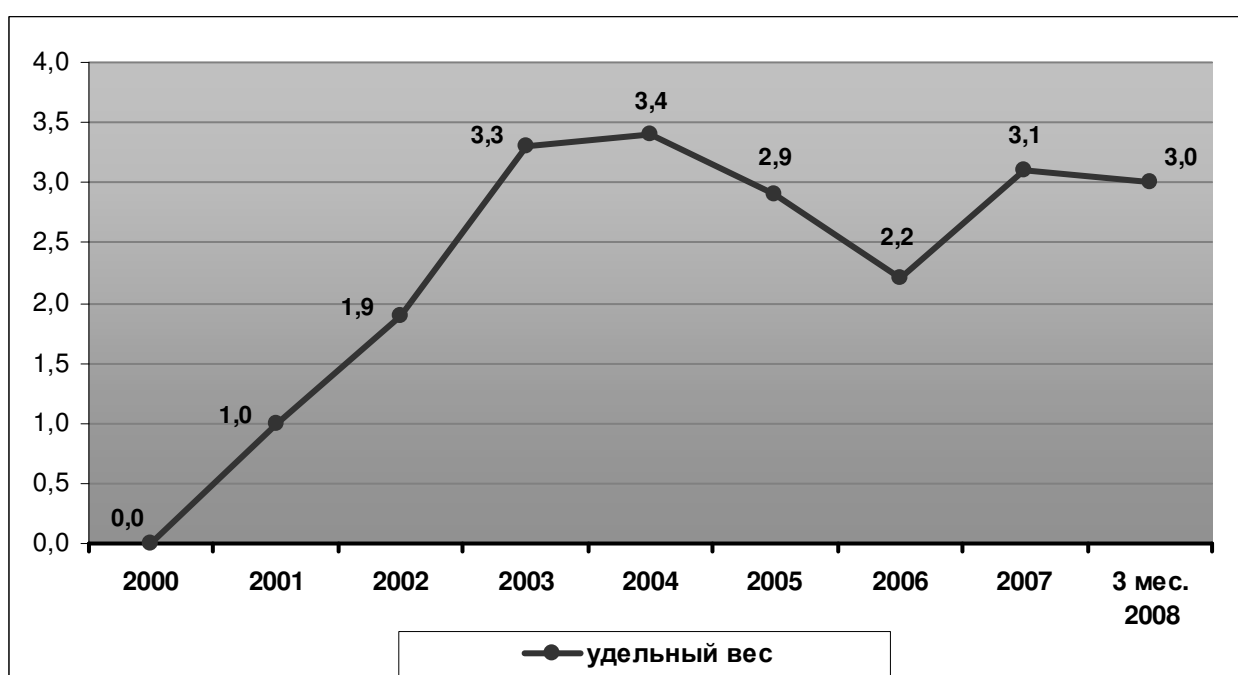
Количество приговоров с назначением наказания в виде привлечения к общественным работам



В 2000 г. число вынесенных приговоров к наказанию в виде привлечения к общественным работам незначительно вследствие того, что этот вид наказания был введен в действие Законом от 5 мая 2000 г. и судами не была наработана практика применения этой нормы.

Число вынесенных приговоров к наказанию в виде привлечения к общественным работам в абсолютных цифрах показывает, что в последующие годы этот вид наказания стал применяться несколько чаще, однако их доля в общей структуре наказаний по-прежнему незначительна, что демонстрирует график 2.

Удельный вес наказания в виде привлечения к общественным работам в общей структуре наказаний



Значительным шагом в гуманизации законодательства явилось принятие Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан» от 21 декабря 2002 г. В Уголовный кодекс внесено сорок восемь изменений и дополнений.

Так, в связи с ратификацией Казахстаном Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания Уголовный кодекс дополнен статьей 347-1, предусматривающей ответственность за пытки, совершаемые должностными лицами, прежде всего следователями, и лицами, осуществляющими дознание. В этой связи также был декриминализован состав преступления, предусмотренный частью 2 статьи 347 (принуждение к даче показаний), так как данный состав преступления поглощается нормами вновь введенной статьи 347-1.

Часть третья статьи 32 (необходимая оборона) дополнена нормой, которая позволяет не признавать превышением пределов необходимой обороны причинение вреда лицу, посягающему на жизнь человека, либо при отражении иного посягательства, соединенного с применением оружия или попыткой его применения. Жертве преступного посягательства дается право в случаях, когда такое посягательство направлено на лишение его жизни или сопряжено с применением оружия или попыткой его применения, отражать это нападение любым возможным способом, не боясь быть привлеченным к уголовной ответственности за причинение смерти или вреда здоровью посягающему.

Значительные изменения претерпело содержание института наказания в виде ограничения свободы. После внесения изменений наказание в виде ограничения свободы состоит не в содержании в специализированном учреждении, а в наложении на осужденного судом определенных обязанностей, ограничивающих его свободу, и отбывается по месту его жительства под надзором специализированного органа без изоляции от общества сроком от одного года до пяти лет. Суд, назначая наказание в виде ограничения свободы, возлагает на осужденного исполнение обязанностей: не менять постоянного места жительства, работы и учебы без уведомления специализированного органа, не посещать определенные места, в свободное от учебы и работы время не покидать места жительства, не выезжать в другие местности без разрешения специализированного органа. Суд может возложить на осужденного к ограничению свободы исполнение и других обязанностей, способствующих его исправлению: пройти курс лечения от алкоголизма, наркомании, токсикомании, заболеваний, передающихся половым путем, осуществлять материальную поддержку семьи. Расширен круг лиц, которым оно может быть назначено (несовершеннолетние, беременные женщины и женщины, имеющие малолетних детей, инвалиды, лица пенсионного возраста); в то же время ограничение свободы не применяется к лицам, имеющим судимость за совершение тяжкого и особо тяжкого преступления, к военнослужащим, а также к лицам, не имеющим постоянного места жительства.

В Уголовный кодекс внесены изменения, связанные с назначением наказания. Так, часть 4 статьи 53 (обстоятельства, смягчающие уголовную ответственность) изложена в новой редакции: «4. При наличии смягчающих обстоятельств, предусмотренных пунктами д) оказание медицинской и иной помощи потерпевшему непосредственно после совершения преступления, добровольное возмещение имущественного ущерба и морального вреда, причиненных в результате преступления, иные действия, направленные на заглаживание вреда, причиненного преступлением и к) чистосердечное раскаяние, явка с повинной, активное содействие раскрытию преступления, изобличению других соучастников преступления и розыску имущества, добытого в результате преступления) части первой настоящей статьи, и отсутствии отягчающих обстоятельств срок или размер наказания при совершении преступления небольшой и средней тяжести не может превышать половины, при совершении тяжкого преступления - двух третей, при совершении особо тяжкого преступления - трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса.». Ранее тяжесть совершенного преступления не учитывалась и максимальный срок наказания ограничивался тремя четвертями от верхнего предела санкции.

Часть 2 статьи 58 (назначение наказания по совокупности преступлений) изложена в новой редакции: «2. Если совокупность преступлений включает в себя только преступления небольшой тяжести и средней тяжести, то окончательно наказание назначается путем поглощения менее строгого наказания более строгим». Ранее поглощение менее строгого наказания более строгим допускалось лишь в отношении преступлений небольшой тяжести, но не исключало частичного или полного сложения наказаний за отдельные преступления. Существовало лишь одно ограничение - окончательное наказание не могло превышать максимального срока или размера наказания, предусмотренного за наиболее тяжкое преступление.

В части 3 статьи 58 (назначение наказания по совокупности преступлений) исключены преступления средней тяжести (перешли в часть 2) и назначение окончательного наказания стало возможным и путем поглощения менее строгого наказания более строгим, чего ранее эта норма не предполагала.

В части 2 статьи 59 (назначение наказания при рецидиве преступлений) размеры нижнего предела наказания за совершение преступлений при рецидиве снижены с половины до одной трети, при опасном рецидиве - с двух третей до половины, при особо опасном рецидиве - с трех четвертей до двух третей максимального срока и размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление.

В части 5 статья 63 (условное осуждение) в связи с изменением содержания наказания в виде ограничения свободы исключены части 5 и 7, предусматривающие возложение на осужденных дополнительных обязанностей как при назначении наказания, так и в период его исполнения.

Статья 64 (отмена условного осуждения или продление испытательного срока) приведена в соответствие со статьей 63; отмена условного осуждения или продление испытательного срока стали возможны только за нарушения общественного порядка.

Реализуя положения Концепции правовой политики Республики Казахстан, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 г. № 949 в части назначения наказания несовершеннолетним правонарушителям статья 79 (виды наказаний, назначаемых несовершеннолетним) дополнена новым видом наказания - ограничением свободы на срок от одного до двух лет. Часть 7 статьи 79 изложена в следующей редакции: «7. Лишение свободы несовершеннолетним может быть назначено на срок не свыше десяти лет, а за убийство при отягчающих обстоятельствах или по совокупности преступлений, одним из которых является убийство при отягчающих обстоятельствах, - двенадцати лет. Лицам, впервые совершившим преступления небольшой тяжести в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет и средней тяжести в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет, лишение свободы не назначается».

Внесены изменения, связанные с освобождением от уголовной ответственности и наказания. Так, статья 67 (освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим) изложена в новой редакции: « 1. Лицо, совершившее преступление небольшой тяжести или впервые совершившее преступление средней тяжести, не связанное с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека, подлежит освобождению от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим и загладило причиненный вред. 2. Лицо, совершившее преступление средней тяжести, может быть освобождено от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим и загладило причиненный потерпевшему вред».

Ранее статья имела только одну часть, и освобождение в случае примирения при совершении преступления небольшой тяжести не носило безусловного характера.

Часть 2 статьи 70 (условно-досрочное освобождение от отбывания наказания) приведена в соответствие с изменениями, внесенными в статью 45 (ограничение свободы) в части возложения судом обязанностей на условно-досрочно освобождаемых от наказания. В части 3 статьи 70 (условно-досрочное освобождение от отбывания наказания) сокращен срок

фактического отбывания наказания за преступления небольшой и средней тяжести с половины до одной трети, тяжкие преступления - с двух третей до половины, особо тяжкие - с трех четвертей до двух третей.

В связи с изменениями и дополнениями замена не отбытой части наказания более мягким видом наказания (статья 71) стала возможной и для лиц, осужденных за тяжкие преступления. Срок фактического отбывания наказания для применения данной уголовно-правовой нормы за преступления небольшой и средней тяжести сокращен с половины до одной трети, за тяжкие преступления и лицам, ранее условно-досрочно освобождавшимся от отбывания наказания в виде лишения свободы и совершившим новые преступления в период оставшейся не отбытой части наказания, должен составлять не менее половины.

С восьми до четырнадцати лет повышен возраст ребенка, дающий право на отсрочку отбывания наказания беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей (статья 72 УК РК).

В целом, изменениями и дополнениями в Уголовный кодекс Республики Казахстан лишение свободы исключено из санкций тринадцати составов преступлений небольшой и средней тяжести. Верхний предел санкции в виде лишения свободы сокращен по двенадцати составам преступлений. При этом семь составов преступлений из категории тяжких перешли в категорию средней тяжести, а два состава преступления - из категории средней тяжести в категорию небольшой тяжести. Следует обратить внимание, что изменения коснулись преступлений, наиболее часто встречающихся в судебной практике, кража (часть 2 статьи 175), мошенничество (часть 2 статьи 177), неправомерное завладение автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения (часть 3 статьи 185). Санкции тринадцати составов преступлений дополнены альтернативными. С внесением данных изменений состав преступления, предусмотренный частью 1 статьи 272, из практически безальтернативного (ранее в качестве альтернативы предусматривался только арест, введение которого отложено до 2008 года) перешел в состав альтернативных. Расширение альтернатив по остальным составам преступлений позволяет дифференцировать назначение наказаний в зависимости от личности правонарушителя и обстоятельств совершения преступления.

Исключено наказание в виде содержания в дисциплинарной воинской части из состава преступления, предусмотренного частью 1 статьи 371 (оскорбление военнослужащего), если они не связаны отношениями подчиненности.

В Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан внесено восемнадцать изменений и дополнений. Так, в связи с изменением содержания наказания в виде ограничения свободы полностью переработана глава 8, определяющая порядок исполнения данного вида наказания в условиях нахождения осужденных под надзором уголовно-исполнительных инспекций. Законодательно определены права и обязанности администрации инспекций, порядок применения мер наказания и поощрения.

Значительно сокращен минимально необходимый отбытый срок для перевода осужденных в колонию-поселение. Теперь перевод осужденных, отбывающих наказания в исправительных учреждениях общего и строгого режимов, в колонию-поселение возможен после отбытия не менее одной четверти срока наказания за преступления небольшой и средней тяжести, не менее одной трети срока наказания - за тяжкие преступления.

Беременным женщинам, осужденным к лишению свободы, право приобретать продукты питания и предметы первой необходимости предоставляется, начиная не с четвертого месяца беременности, а сразу после получения медицинского заключения.

Сняты ограничения по количеству телефонных переговоров. Осужденный, при наличии технических возможностей, может иметь неограниченное количество переговоров продолжительностью до пятнадцати минут каждый.

В целях более полной реализации положений статьи 68 Уголовно-исполнительного кодекса об

отбытии осужденными наказания по месту жительства или по месту осуждения внесены изменения, позволяющие осуществлять принудительное лечение осужденных, больных алкоголизмом, наркоманией и токсикоманией в медицинской части исправительной колонии.

Продолжена работа по совершенствованию дифференциации условий содержания осужденных. По действующему ранее законодательству осужденные, отбывающие наказание в облегченных или льготных условиях, признанные злостными нарушителями режима содержания, переводились на строгие условия отбывания наказания. Отсутствовал правовой механизм возврата осужденного в обычные условия: необходимо было обязательно признать его злостным нарушителем, для того чтобы перевести осужденного сразу в строгие условия. Получалось, что даже в случае совершения осужденным нарушения, не относящегося к категории злостных, и водворения его в штрафной изолятор, мы вновь должны были возвращать его в льготные условия. Новым законом этот пробел ликвидирован. Теперь в случае совершения нарушения осужденный, отбывающий наказание в облегченных или льготных условиях, может быть переведен в обычные условия, а признанный злостным нарушителем - в строгие.

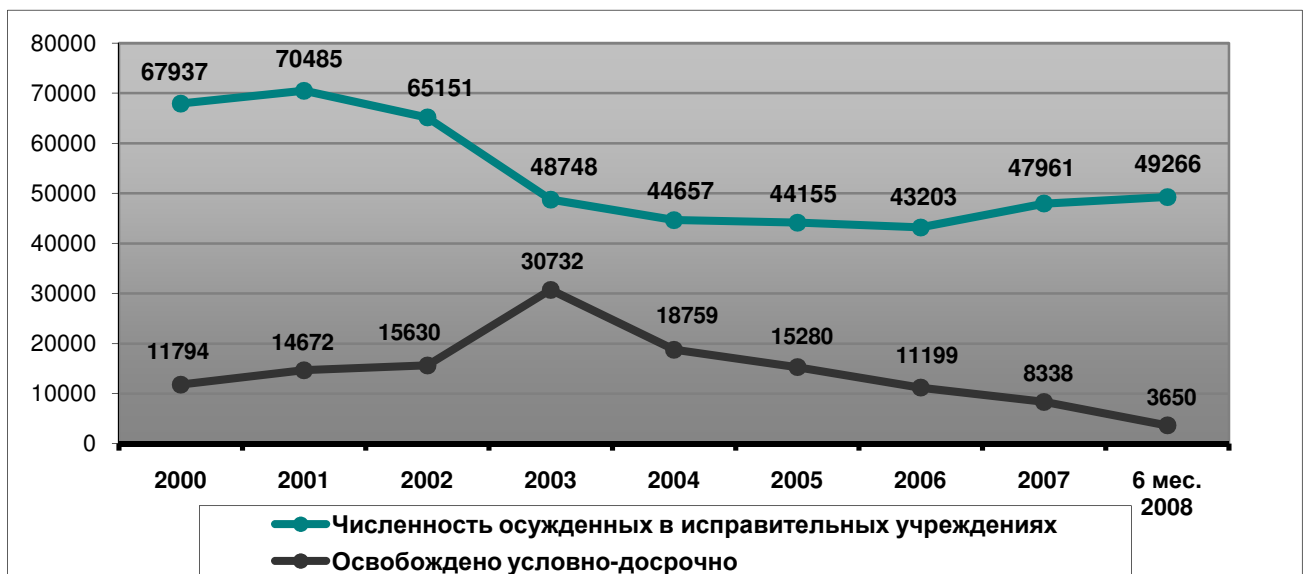
Приведены в соответствие с изменениями, внесенными в Уголовный кодекс Республики Казахстан, соответствующие положения, регулирующие порядок осуществления контроля за осужденными беременными женщинами и женщинами, имеющими малолетних детей, исполнение наказания которым отсрочено, и условно осужденными.

Практическая реализация Закона привела к значительному сокращению численности осужденных в исправительных учреждениях. На момент принятия Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан» в исправительных учреждениях республики отбывало наказание почти шестьдесят тысяч осужденных. Декриминализация, исключение лишения свободы из санкций отдельных составов преступлений, а также изменение верхних пределов санкций по отдельным составам преступлений потребовали пересмотра семи с половиной тысяч дел осужденных, в результате чего полностью освобождено от наказания 150 осужденных, еще 2660 осужденным снижен срок отбывания наказания.

Динамика общей численности осужденных за последние годы приводится на графике 3.

График 3

Динамика численности осужденных в исправительных учреждениях и число осужденных, освобожденных от отбывания наказания условно-досрочно



Из графика видно, что в 2002 г. численность осужденных в исправительных колониях составляла 65151 человек. В следующем году численность сократилась до 48748 человек, или более чем на 16000 осужденных. Во многом это произошло в связи с более широким применением института условно-досрочного освобождения. Если в 2002 году условно-досрочно от отбывания наказания освобождено 15630 осужденных, то в 2003 году их число увеличилось до 30732 человек. В 2004-2006 годах, как и ожидалось, число условно-досрочно-освобожденных от отбывания наказания несколько сократилось, однако общая численность лиц, отбывающих наказания в исправительных учреждениях продолжала снижаться и в 2006 году составила 43203 человека.

Уменьшение численности осужденных позволило «разгрузить» исправительные учреждения, улучшить условия содержания осужденных.

Интересна сама история разработки Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан» от 21 декабря 2002 года. Во исполнение рекомендаций международной конференции «Альтернативы тюремному заключению», прошедшей в г. Алматы в октябре 1999 г., в Казахстане в апреле 2001 г. была создана Рабочая группа по развитию альтернатив тюремному заключению, в состав которой вошли представители Сената, Мажилиса Парламента Республики, Верховного суда, Генеральной прокуратуры, Министерства юстиции, Министерства внутренних дел, Министерства образования и науки, Министерства здравоохранения, Министерства труда и социальной защиты, Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности, Казахстанской криминологической ассоциации, Союза адвокатов Республики Казахстан.

Члены Рабочей группы провели ряд встреч, на которых обсудили современное состояние уголовно-исполнительной системы, основные проблемы и причины их возникновения, а также определили приоритетные пути развития системы уголовного наказания.

Всего было проведено пять заседаний рабочей группы, и на заключительном, состоявшемся 26 февраля 2002 года, были выработаны рекомендации по совершенствованию законодательства, основанные на принципах и положениях, сформулированных в международных документах, относящихся к политике в области уголовных наказаний, прежде всего в Минимальных стандартных правилах обращения с заключенными, Токийских правилах Организации Объединенных Наций, и ориентированных на тенденции развития пенитенциарных систем зарубежных стран и международного опыта в области гуманизации уголовной политики.

Эти рекомендации были направлены в Администрацию Президента, Правительство, Парламент Республики Казахстан и в дальнейшем учтены при разработке проекта Закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан».

Представляется важным, что впервые в законотворческой деятельности совместно участвовали как представители различных государственных организаций, так и представители негосударственного сектора и был накоплен опыт взаимного сотрудничества. Об успешности этого опыта свидетельствует то, что в Законе «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан», принятом 21 декабря 2002 года, нашли свое отражение около 60 процентов рекомендаций рабочей группы.

Закон Республики Казахстан от 25 сентября 2003 года N 484-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам борьбы с коррупцией» интересен для нас тем, что в Уголовном кодексе Республики Казахстан были внесены изменения в санкции такого вида наказания, как лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью (Статья 41).

Ранее закон определял, что наказание в виде лишения права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью устанавливается на срок от одного года до пяти лет в качестве основного вида наказания и на срок от шести месяцев до трех лет в качестве дополнительного вида наказания. В новой редакции статья была дополнена и за совершение коррупционных преступлений лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью устанавливается на срок от трех до десяти лет в качестве основного вида наказания и на срок от одного года до семи лет в качестве дополнительного вида наказания.

10 марта 2004 года принят Закон Республики Казахстан № 529-II «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан в связи с введением моратория на исполнение смертной казни».

В соответствии с Законом в статью 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан внесены изменения, согласно которым при введении Президентом Республики Казахстан моратория на исполнение смертной казни исполнение приговора о смертной казни приостанавливается на время действия моратория. Приговор о смертной казни приводится в исполнение не ранее чем по истечении одного года после отмены моратория на исполнение смертной казни.

В целях усиления правовых гарантий осужденных к смертной казни в часть пятую статьи внесены дополнения, согласно которым лица, приговоренные к смертной казни, в случае отмены моратория на исполнение смертной казни имеют право ходатайствовать о помиловании независимо от того, ходатайствовали ли они об этом до введения моратория или нет.

Дополнениями в Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан местом содержания осужденных к смертной казни определена тюрьма. Лица, в отношении которых приговор о смертной казни вступил в силу до введения моратория или во время действия моратория на исполнение смертной казни, содержатся в одиночных камерах изолированно от других осужденных.

В целях реализации Указа Главы государства и Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан в связи с введением моратория на исполнение смертной казни» уголовно-исполнительной системой в тюрьме г. Аркалыка был выделен и оборудован отдельный блок для содержания лиц, осужденных к смертной казни, подпавших под действие моратория на ее исполнение.

Для содержания лиц, осужденных к пожизненному лишению свободы, в колонии особого режима п. Житикара Костанайской области был создан локальный участок для содержания указанной категории лиц. Режимные корпуса и камеры оборудованы системами видеонаблюдения и охранной сигнализацией.

Гуманизация законодательства была продолжена Законом Республики Казахстан 9 декабря 2004 года № 10-III «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный, Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан и Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях по вопросам упрощения процедур расследования уголовных дел, декриминализации некоторых составов преступлений и совершенствования законодательства об административных правонарушениях». В частности, в Уголовный кодекс были внесены изменения, согласно которым наказание в виде привлечения к общественным работам (ст. 39 УКРК) стало возможным назначать как в качестве основного, так и дополнительного вида наказания.

Введение комбинированных санкций рекомендовано пунктом 8.2 Минимальных стандартных правил Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила, приняты резолюцией 45/110 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1990 года). К сожалению, в законодательстве недостаточно прописаны механизмы

применения данной санкции, что создает определенные сложности в правоприменительной практике.

Исполнение наказания в виде ареста в законодательстве сформулировано чрезвычайно жестко, поэтому в статьи 46 и 79 Уголовного кодекса Республики Казахстан внесены изменения, согласно которым данный вид наказания не применяется к лицам, не достигшим восемнадцати лет.

Лица, совершившие преступления по неосторожности, не имели умысла на совершение преступления и не предвидели тяжести последствий. В связи с этим в законодательство (ч.5 ст.48 УК РК) внесены изменения, в соответствии с которыми все лица, совершившие преступления по неосторожности, и осужденные к наказанию в виде лишения свободы, направляются для отбывания наказания в колонии-поселения.

В статью 81 Уголовного кодекса внесены изменения, позволяющие освобождать несовершеннолетних от уголовной ответственности и наказания. Ранее данная статья предусматривала лишь освобождение от наказания несовершеннолетних, впервые осужденных за совершение преступлений небольшой и средней тяжести, если судом будет признано, что его исправление может быть достигнуто путем применения принудительных мер воспитательного воздействия. В новой редакции статьи предусмотрено освобождение от уголовной ответственности несовершеннолетних, совершивших преступления небольшой тяжести и впервые совершивших преступление средней тяжести. При этом применение принудительных мер воспитательного воздействия не носит безусловного характера. Часть 2 статьи 81 УК РК предусматривает освобождение от наказания несовершеннолетнего, впервые осужденных за совершение преступлений небольшой и средней тяжести, если будет признано, что его исправление может быть достигнуто путем применения принудительных мер воспитательного воздействия.

Сокращены минимально необходимые сроки отбывания наказания лицами, совершившими преступления в несовершеннолетнем возрасте для применения условно-досрочного освобождения (статья 84 УК РК). После внесения изменений условно-досрочное освобождение может быть применено после фактического отбытия:

- а) не менее одной четвертой срока наказания, назначенного судом за преступление небольшой или средней тяжести;
- б) не менее одной трети срока наказания, назначенного судом за тяжкое преступление;
- в) не менее половины срока наказания, назначенного судом за особо тяжкое преступление, не сопряженное с посягательством на жизнь человека;
- г) не менее двух третей наказания, назначенного судом за особо тяжкое преступление, сопряженное с посягательством на жизнь человека.

В Особенной части Уголовного кодекса декриминализованы составы преступлений, предусмотренные статьями 106 (побои), 111 (причинение средней тяжести вреда здоровью), 154 (отказ о предоставлении гражданину информации). Санкции пятнадцати составов преступлений дополнены альтернативами, в санкциях тринадцати составов преступлений исключены нижние пределы наказания в виде лишения свободы.

Особого внимания заслуживает Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам уголовно-исполнительной системы» от 26 марта 2007 года № 240-III ЗРК. Сразу оговоримся, что Закон содержит целый ряд норм, направленных на совершенствование деятельности уголовно-исполнительной системы, а также вносящих необходимые редакционные изменения в акты, регулирующие деятельность пенитенциарной системы. В то же время Закон содержит ряд норм, содержание которых с точки зрения международных стандартов вызывает определенную обеспокоенность.

Законом от 27 марта 2007 г. в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы внесены изменения, которыми модифицированы основы института условно-досрочного освобождения в Республике Казахстан. В частности, изменены основания

и порядок условно-досрочного освобождения лиц, отбывающих уголовное наказание, определён перечень обязанностей, исполнение которых возлагается на условно-досрочно освобождённых в период оставшейся не отбытой части наказания, определен орган, осуществляющий контроль за условно-досрочно освобожденными в период неотбытой части наказания.

Так, согласно ранее действующей редакции статьи 70 УК РК лицо, отбывающее исправительные работы, ограничение по военной службе, ограничение свободы, содержание в дисциплинарной воинской части или лишение свободы, может быть освобождено условно-досрочно, если судом будет признано, что для своего исправления оно не нуждается в полном отбывании назначенного судом наказания. При этом лицо может быть полностью или частично освобождено от отбывания дополнительного вида наказания.

Согласно новой редакции лицо, отбывающее исправительные работы, ограничение по военной службе, ограничение свободы, содержание в дисциплинарной воинской части или лишение свободы, за правопослушное поведение, добросовестное отношение к труду (обучению), активное участие в работе самодеятельных организаций и в воспитательных мероприятиях, принятие мер по возмещению ущерба, причиненного преступлением, и не нуждающееся в полном отбытии назначенного судом наказания, может быть судом освобождено условно-досрочно от отбывания назначенного судом наказания. При этом лицо может быть полностью или частично освобождено от отбывания дополнительного вида наказания.

Безусловно, и ранее при применении условно-досрочного освобождения учитывалось поведение осужденного, его отношение к труду, обучению, участию в воспитательных мероприятиях. Новеллой в этом отношении можно считать введение такого критерия, как возмещение ущерба, причиненного преступлением. Логика законодателя понятна – защита интересов потерпевшего и государства. Но в современных условиях, когда работой в исправительных учреждениях обеспечены едва ли 30% осужденных, вопросы возмещения ущерба самим осужденным весьма проблематичны, и, вполне очевидно, они лягут на плечи родителей или родственников осужденных. Не исключено, что потерпевшие могут использовать предоставленное им право в корыстных интересах. Еще более остро вопрос о возмещении ущерба может стоять, если осужденный в период отбывания наказания находился в лечебном учреждении уголовно-исполнительной системы. Производственная деятельность в них не осуществляется, а вопрос условно-досрочного освобождения часто напрямую связан с возможностью получения более квалифицированной медицинской помощи.

Часть вторая статьи 70 УК РК определяет, что на лиц, освобожденных условно-досрочно от отбывания наказания, в течение оставшейся не отбытой части наказания возлагаются обязанности, перечень которых устанавливается статьей 178-2 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан.

В статье 178-2 УИК РК приводится закрытый перечень обязанностей, возлагаемых на лиц, условно-досрочно освобожденных от отбывания наказания в период не отбытой части наказания.

Лица, освобожденные условно-досрочно от отбывания наказания, обязаны:

- 1) в установленном порядке пройти регистрацию в органах внутренних дел по месту жительства;
- 2) не покидать место жительства в определенное органами внутренних дел время;
- 3) не менять постоянное место жительства, работы и учебы без письменного уведомления органов внутренних дел;
- 4) не посещать определенные органами внутренних дел места в свободное от работы и учебы время;
- 5) не выезжать в другие местности без письменного разрешения органов внутренних дел;
- 6) принимать меры по возмещению ущерба, причиненного здоровью, имуществу потерпевшего, или материального ущерба государству;

- 7) по требованию органов внутренних дел представлять объяснения и иные документы, необходимые для осуществления контроля за поведением условно-досрочно освобожденного;
- 8) являться по вызову в органы внутренних дел. При неявке без уважительных причин условно-досрочно освобожденный может быть подвергнут приводу;
- 9) в установленном законодательством Республики Казахстан порядке ежегодно представлять в налоговый орган по месту жительства декларацию о доходах и иные сведения об имуществе, являющемся объектом налогообложения, в том числе находящемся за пределами Республики Казахстан, о чем представляется справка в орган внутренних дел.

Таким образом, данными изменениями предусматривается широкий ведомственный контроль за свободой передвижения и личной жизнью лиц, освобожденных по УДО, чем тот, который существовал до принятия Закона от 27 марта 2007г.

При этом не понятно, с какой целью вводится требование о представлении лицами, освобожденными условно-досрочно от отбывания наказания налоговых деклараций о доходе и имуществе, в том числе, находящемся за пределами Республики Казахстан. Также вызывает вопросы требование к условно-досрочно освобожденным представлять органам внутренних дел объяснения и иные документы, необходимые для контроля за поведением условно-досрочно освобожденного. Право получать такую общую информацию органами внутренних дел без достаточных процессуальных гарантий может привести к необоснованному ограничению прав граждан, включая право не свидетельствовать против себя и др.

Органы внутренних дел на основе поправок, введенных Законом от 27 марта 2007г. получают неоправданно широкие полномочия, связанные с серьезным ограничением личных прав и свобод без судебного контроля, что может привести к злоупотреблениям.

УК РК до внесения вышеназванных изменений и дополнений предусматривал, что если в течение оставшейся не отбытой части наказания лицо, к которому было применено УДО совершило нарушение общественного порядка, наказываемое административным взысканием, или злостно уклонялось от исполнения обязанностей, возложенных на него судом при применении условно-досрочного освобождения, суд, по представлению соответствующих органов, мог постановить решение об отмене условно-досрочного освобождения и исполнении оставшейся не отбытой части наказания.

В новой редакции УК РК законодатель отказался ограничивать основания отмены УДО только совершением нарушений общественного порядка, за которые накладываются административные взыскания. В соответствии с новым положением, таким основанием может служить совершение неоднократного административного правонарушения.

Включение совершения административных правонарушений в перечень оснований для отмены УДО вызывает определенные сомнения, поскольку в соответствии с международными стандартами лица, выходящие на УДО должны нести индивидуальные обязанности, накладываемые на них только судом или специальным независимым органом. Другими словами, даже если учесть, что угроза отмены УДО при совершении любых неоднократных административных правонарушений автоматически является частью налагаемых обязательств, то данное условие не соответствует определению УДО как меры предусматривающей, в соответствии с международными стандартами, наложение строго индивидуальных обязанностей на условно-досрочно освобождаемых лиц.

В этой связи необходимо обратить внимание на то, что в соответствии с п.п. 30, 31 Рекомендации Совета Европы желательно, чтобы «основания для отмены УДО соответствовали налагаемым ранее обязанностям на конкретное условно-досрочно освобожденное лицо. За незначительные нарушения наложенных обязанностей специальный орган, ответственный за контроль, должен реагировать советом или предупреждением. О любом значительном нарушении должно быть сообщено органу, который имеет полномочия решать вопрос об отмене УДО. Такой орган должен иметь полномочия дать еще один совет или предупреждение, а также наложить более строгие обязанности, включая временную отмену УДО. Данные меры должны рассматриваться в качестве достаточных санкций за

несоблюдение наложенных обязанностей». Несмотря на то, что рекомендации Совета Европы не могут быть юридически обязательными для нашего государства, к их содержанию следует прислушаться, поскольку такого рода международные документы формируют универсальные стандарты в сфере обеспечения прав и свобод человека.

Более того, Рекомендация Совета Европы, рассматривая УДО как меру, альтернативную лишению свободы, требует, чтобы она осуществлялась в согласии с Европейскими правилами и об общественных санкциях, которые в Главе X устанавливают ряд условий для таких мер. Например, они гласят, что в отношении лица, выполняющего все возложенные на него обязанности, должен предусматриваться механизм пересмотра характера и продолжительности наложенных обязанностей, а в отношении лиц, которые их нарушили не должно применяться автоматически лишение свободы.

В соответствии с пунктом 2 статьи 178-2 роль суда теперь ограничена только следующими функциями. Он может возложить на лицо, освобожденное условно-досрочно, исполнение других обязанностей, способствующих его исправлению. А именно:

- 1) пройти курс лечения от алкоголизма, наркомании, токсикомании;
- 2) пройти курс лечения заболеваний, передающихся половым путем;
- 3) осуществлять материальную поддержку семьи.

Очевидно, что изменения и дополнения, внесенные новым Законом в части закрепления единого перечня обязанностей, исполнение которых возлагается на условно-досрочно освобожденных, противоречат общепринятой концепции УДО. Они не предполагают индивидуализированный подход к каждому освобожденному по такому основанию и могут необоснованно нарушать права и свободы лиц, освобожденных условно-досрочно от отбывания наказания, так как устанавливают широкие дискреционные полномочия органов внутренних дел ограничивать свободу передвижения граждан и их право на личную жизнь.

Если раньше УДО не применялось только к лицу, которому наказание в виде смертной казни заменено лишением свободы в порядке помилования, то теперь оно не применяется к лицам, которые совершили в период отбывания наказания умышленное преступление, а также к лицам, ранее условно-досрочно освобождавшимся. Такое положение противоречит международным стандартам, которые не ограничивают категории осужденных, к которым может быть применено УДО.

Если в течение срока УДО лицо выполняло все обязанности, то почему оно должно дискриминироваться в праве на УДО в случае отбывания наказания за новое преступление. Таким образом, фактически такое лицо несет повторное наказание за одно и то же преступление. В любом случае подобные меры должны приниматься на основе индивидуального подхода, а не по отношению ко всем осужденным лицам.

В соответствии с изменениями в части 6 статьи 70 УК РК контроль за поведением лица, освобожденного условно-досрочно, осуществляется органами внутренних дел по месту жительства освобожденного, а в отношении военнослужащих - командованием воинских частей и учреждений. До принятия Закона от 27 марта 2007г. формулировка статьи носила неопределенный характер – специализированный государственный орган. По логике законодателя функции специализированного государственного органа быстрее всего должны были исполнять уголовно-исполнительные инспекции, т.к. осуществление контроля за условно-досрочно освобожденными практически ничем не отличается от контроля за поведением лиц, осужденных к ограничению свободы, и исполнением возложенных на них обязанностей. Однако нормативная правовая база в этом направлении в течение ряда лет не развивалась, и функции специализированного органа в отношении условно досрочно освобожденных лиц не были в должной мере определены.

Минимальные стандартные правила обращения с заключенными, одобренные Экономическим и Социальным Советом в Резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН № 663 (с) (XXIV) от 31 июля 1957г. и 2076 (LXII) от 13 мая 1977 г. предусматривают в подпункте 2 п.60 что «желательно, чтобы перед завершением срока наказания принимались меры к постепенному

возвращению заключенного к жизни в обществе. Этой цели можно добиться с учетом особенностей каждого нарушителя. Освобождая заключенных на испытательный срок, в течение которого они все же остаются под надзором, при условии, что такой надзор не возлагается на полицейские власти и сочетается с эффективной социальной помощью».

Обновленные в 2006 году Европейские пенитенциарные правила (Рекомендация Rec. (2006)2 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам в п.п.107.2 и 107.3) требует обеспечить постепенное возвращение к жизни на свободе заключенных, осужденных на длительные сроки заключения. По мнению экспертов Совета Европы эта цель может быть достигнута программой мероприятий, предшествующих освобождению, или частичным, либо условным освобождением под надзором в сочетании с действенной социальной поддержкой.

На основе вышеназванных стандартов можно сделать вывод о том, что специализированным государственным органом по контролю за поведением освобожденного условно-досрочно должно быть ведомство, не обладающее полицейскими функциями, и, кроме того, имеющее возможности оказывать эффективную социальную помощь.

Законом от 27 марта 2007 г. статья 455 Уголовно-процессуального кодекса была дополнена частью 6-1 следующего содержания:

«6-1. При рассмотрении вопроса об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания учитывается мнение потерпевшего либо его представителя. Суд уведомляет потерпевшего либо его представителя о предстоящем судебном заседании по почте заказным письмом. В случае невозможности личного участия потерпевшего либо его представителя в суде могут быть рассмотрены письменные заявления и ходатайства. При надлежащем уведомлении потерпевшего либо его представителя и отсутствии с его стороны каких-либо письменных заявлений и ходатайств, а также в случае, если ущерб нанесен интересам государства, по вопросу о соблюдении прав потерпевшего или государства в обязательном порядке требуется заключение прокурора».

Подобные процедуры, позволяющие учитывать мнение потерпевших, в настоящее время существуют в Канаде, Великобритании, Франции, Германии и других странах. Как правило, такое участие потерпевших может заключаться в высказывании своей позиции, о наложении определенных обязанностей на условно-досрочно освобождающееся лицо, о влиянии, оказанном преступлением на потерпевшего, каких-либо продолжающихся последствиях преступления в отношении жертвы и ее семьи, а также влияния, которое может оказать освобождение осужденного на жертву и ее семью. Другими словами, в первом случае мнение жертвы учитывается в момент, когда решение об условно-досрочном освобождении в целом уже принято соответствующим компетентным независимым органом, а во втором - когда вопрос об условно-досрочном освобождении или о смягчении наказания еще только рассматривается. В некоторых государствах, например в Великобритании с 1 сентября 2007 г. потерпевшие получили право высказывать в определенных случаях свою позицию по обоим вопросам. В этой связи рекомендуется сделать необходимые уточнения в законодательстве в части содержания данного права потерпевшего.

Кроме того, опыт многих государств показывает, что не является целесообразным распространять данное право потерпевшего на все случаи, когда рассматривается вопрос об условно-досрочном освобождении, а только на дела по тяжким и особо тяжким преступлениям против личности. Такая практика, например, хорошо себя зарекомендовала в Великобритании. При этом законодатель исходит из того, что если характер преступления не представляет большую опасность для жертвы и общины, а сроки отбывания наказания не являются значительными, смысл в усложнении процессуальной формы разрешения вопроса об условно-досрочном освобождении теряется.

Необходимо также предусмотреть реальные механизмы, посредством которых потерпевший мог бы реализовать предоставленное ему право. На практике осужденные к лишению свободы зачастую отбывают наказание достаточно далеко от места жительства потерпевших. Рассмотрение материалов об условно-досрочном освобождении происходит в судах по месту

отбывания наказания, следовательно, в большинстве случаев для потерпевших прибыть к месту судебного разбирательства будет затруднительно в силу транспортных и иных материальных причин. В этой связи, государство должно предоставлять компенсацию потерпевшему за расходы по участию в таком судебном разбирательстве. В противном случае данное право останется только на бумаге и не будет в должной мере реализоваться на практике.

Законом от 27 марта 2007 г. была введена уголовная ответственность осужденных лиц за совершение акта членовредительства группой лиц. В Уголовный кодекс Республики Казахстан был введен новый состав преступления – «Совершение акта членовредительства группой лиц, содержащихся в учреждениях, обеспечивающих изоляцию от общества, в целях дестабилизации нормальной деятельности учреждений либо воспрепятствования законной деятельности сотрудников учреждений» В качестве санкции он предусматривал лишение свободы на срок от одного года до двух лет.

Как членовредительство может воспрепятствовать законной деятельности сотрудников учреждений и дестабилизировать нормальную деятельность учреждений Закон не уточнял. Таким образом, у тюремных властей оставался широкий простор для произвольной квалификации таких деяний. Подобный подход разрешает любое групповое членовредительство считать направленным на дестабилизацию нормальной деятельности учреждений, либо на воспрепятствование законной деятельности сотрудников учреждений.

Акты группового членовредительства являются симптомами серьезных проблем в управлении исправительным учреждением, и соответственно, способы их решения не лежат в криминализации членовредительства. Криминализация актов группового членовредительства является исключительно карательной акцией, не решающей проблемный характер отношений между заключенными и тюремными властями. Реагировать репрессивными санкциями на применение заключенными крайних мер таких как членовредительство, в условиях, когда у них нет другого способа обратить внимание на свои проблемы негуманно и несправедливо. Это легкий путь устранения кризиса - всю вину за то, что произошло сразу возложить на заключенных. Данная поправка явно защищала ведомственные интересы самой пенитенциарной службы, однако она не оказала позитивного влияния на ситуацию в пенитенциарных учреждениях.

Нормативным постановлением Конституционного совета Республики Казахстан от 27 февраля 2008 г. № 2 данная норма была признана неконституционной.

Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан Законом от 27 марта 2007г. был дополнен статьей 180-1 следующего содержания:

«Статья 180-1. Освобождение из учреждения уголовно-исполнительной системы лиц, больных заразной формой туберкулеза, представляющей опасность для окружающих

1. Если освобождаемые из учреждения уголовно-исполнительной системы больные заразной формой туберкулеза, представляющей опасность для окружающих, в период отбывания наказания не прошли полный курс лечения, они подлежат принудительному лечению после освобождения в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

2. Администрация учреждения уголовно-исполнительной системы не позднее чем за месяц до окончания срока наказания в отношении лиц, указанных в пункте 1 настоящей статьи, направляет в суд по местонахождению учреждения представление о назначении принудительного лечения в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

3. Извещения об освобождении из учреждений уголовно-исполнительной системы лиц, больных заразной формой туберкулеза, в отношении которых решением суда установлено принудительное лечение, направляются в специализированные противотуберкулезные лечебно-профилактические организации и органы внутренних дел по местонахождению учреждения.».

Новый порядок обеспечения принудительного лечения вызывает ряд вопросов. Во-первых, такое лечение назначается в отношении всех осужденных, кто не прошел полный курс лечения. При этом не учитывается тот факт, что осужденные данной категории могли и не

отказываться от завершения такого курса после их освобождения. Таким образом, новым Законом лица, освобождающиеся из уголовно-исполнительных учреждений и уклоняющиеся от прохождения лечения от туберкулеза и лица, которые не собираются уклоняться, а может быть, и проходящие такой курс лечения, приравнены к одному статусу. Такой жесткий подход, своего рода негативная презумпция - противоречит здравой логике, сомнителен с позиции соблюдения основных прав и свобод и неэффективен с точки зрения использования ограниченных государственных ресурсов.

Во-вторых, формулировка и логика самих изменений и дополнений предусматривает, что даже при подтверждении со стороны лица, освобожденного из учреждения уголовно-исполнительной системы его намерений пройти лечение, оно все равно подлежит принудительному лечению. Ранее, лицо, содержащееся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, могло быть подвергнуто принудительному лечению только в случае письменного отказа от добровольного лечения. Однако такая оговорка Законом от 27 марта 2007 г. была исключена из закона №496-І «О принудительном лечении граждан, больных заразной формой туберкулеза».

В этой связи непонятна роль суда, которому администрация уголовно-исполнительного учреждения направляет представление о назначении принудительного лечения. Императивная формулировка «подлежат принудительному лечению» в п.1 ст. 180-1 УИК РК, рассмотрение этого вопроса в суде, тем более без участия самого осужденного или его законного представителя, превращает судебную процедуру в формальность, так как в соответствии с законом все лица, освобождаемые из учреждения уголовно-исполнительной системы, больные заразной формой туберкулеза должны быть направлены на принудительное лечение.

Интересно, что совсем иной подход законодатель демонстрирует в отношении других категорий граждан. Для применения принудительных мер в отношении граждан, не пребывающих в учреждениях уголовно-исполнительной системы, органы здравоохранения должны доказывать в суде факт их уклонения от лечения. Закон Республики Казахстан от 10 декабря 1999г. №496-І «О принудительном лечении граждан, больных заразной формой туберкулеза» в ч.1 ст.3 гласит, что «Решение о принудительном лечении граждан, больных заразной формой туберкулеза и уклоняющихся от лечения, принимается судом по представлению органов здравоохранения.». В этой связи обоснованность дискриминации лиц, освобождающихся из уголовно-исполнительных учреждений, вызывает серьезную озабоченность.

Этим же Законом внесены изменения в п.1 ст.5 Закона Республики Казахстан от 5 октября 1994г. «О профилактике и лечении ВИЧ-инфекции и СПИД» согласно которым «Обязательному конфиденциальному медицинскому освидетельствованию на ВИЧ-инфекцию подлежат граждане, содержащиеся в учреждениях уголовно-исполнительной системы органов юстиции Республики Казахстан».

Данное требование противоречит международным стандартам. Руководящие принципы по ВИЧ/СПИД и правам человека (Консолидированная версия на 2006г.) принятые под эгидой Совместной Программы ООН по ВИЧ/СПИД и Офиса Верховного комиссара ООН по правам человека, в п.135 прямо запрещают обязательное освидетельствование на ВИЧ-инфекцию. В частности, в этом пункте Руководящих принципов поясняется, что обязательное тестирование на ВИЧ может представлять собой вмешательство в область физической свободы индивида и нарушать право человека на безопасность. Эта принудительная мера часто используется в отношении групп, которые наименее способны защищать себя, потому что они находятся под контролем государственных институтов или подпадают под уголовную юрисдикцию. Это военнослужащие, заключенные, работники коммерческого секса, наркоманы и гомосексуалисты. Не существует оправдания такой практики с позиций обеспечения целей здравоохранения. Уважение к праву на физическую безопасность требует, чтобы проверка была добровольной и, чтобы такой тест проводился исключительно при информированном согласии. Аналогичное требование содержится во всех международных рекомендациях и стандартах по этому вопросу.

Обязательное тестирование не является эффективным средством контроля за распространением ВИЧ инфекции как в уголовно-исполнительных учреждениях, так и за их пределами. Для этого существует целый набор других средств и методик, которые были опробованы и эффективно используются во многих странах мира.

5. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Передача уголовно-исполнительной системы в ведение Министерства юстиции Республики Казахстан преследовала цель более полного обеспечения прав и законных интересов осужденных. Предполагалось, что гражданское ведомство, не связанное с решением задач борьбы с преступностью, ведомство, ответственное за формирование национального законодательства, обеспечит реализацию государственной политики, направленную на гуманизацию системы исполнения наказаний.

Между тем, представленный анализ позволяет отметить, что Закон от 27 марта 2007 г. вступает в диссонанс с ранее принятыми законами. Если раньше при разработке законопроектов большое внимание уделялось гуманизации законодательства путем декриминализации, депенализации, расширения применения альтернатив по отдельным составам преступлений, повышения правовой защищенности осужденных, то в последних законодательных изменениях явно проявляются тенденции усиления карательного воздействия на правонарушителей и осужденных.

Попытка решить проблемы репрессивными методами свидетельствует о кризисе в уголовно-исполнительной системе, неспособности адекватно и своевременно реагировать на изменение ситуации, зачастую лежащей в плоскости взаимоотношений персонала и осужденных (в данном случае имеется в виду попытка криминализировать групповое членовредительство).

О наличии кризиса говорят и изменения, направленные на модификацию института условно-досрочного освобождения от отбывания наказания. Введение запрета на применение условно-досрочного освобождения в отношении лиц, ранее условно-досрочно освобождавшихся от отбывания наказания, значительно сократило применение данной уголовно-правовой нормы, о чем явно свидетельствует график 3, приведенный ранее.

Но достаточно ли обоснованы данные ограничения? Делался ли анализ влияния числа условно-досрочно освобожденных на состояние преступности в стране. Обратимся к данным Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан. В таблице 2 приводятся данные о количестве зарегистрированных преступлений и числе лиц, осужденных судами, которые ранее освобождались условно-досрочно и имели неснятую или непогашенную судимость.

Таблица 2

Годы	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Количество зарегистрированных преступлений	150790	152168	135168	118485	143550	146347	141271
Число осужденных, ранее условно-досрочно освобождавшихся от отбывания наказания	2468	2912	4027	5081	4992	4059	3469

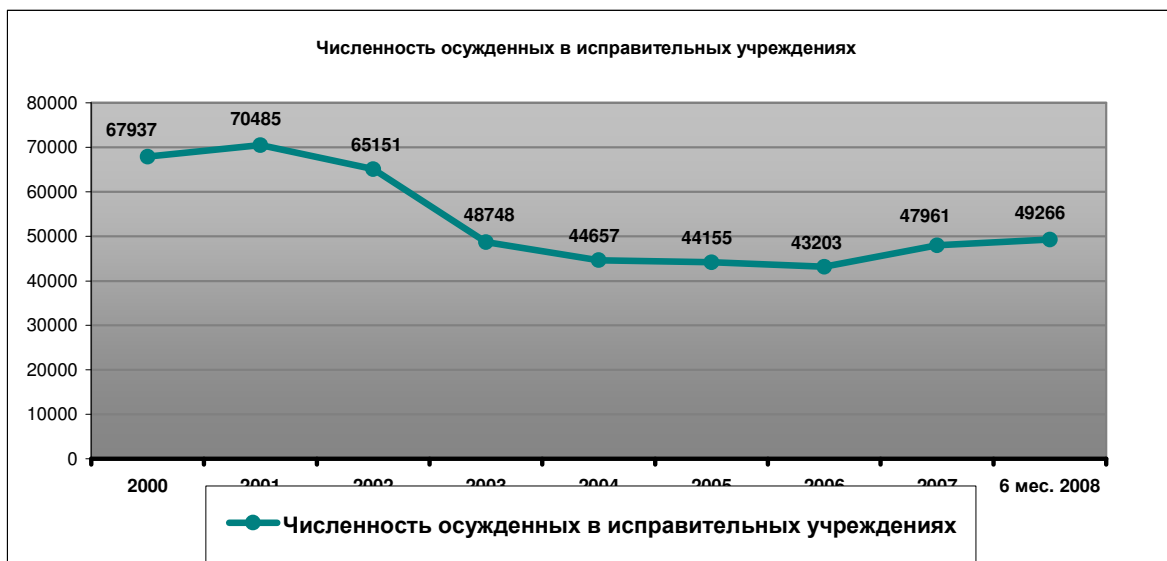
Как видно из данных, приведенных в таблице, число лиц, осужденных судами, ранее освобождавшихся условно-досрочно в процентном соотношении составляет от 2 до 4,5% от общего количества зарегистрированных преступлений. И еще не факт, что все они совершили

новые преступления в период не отбытой части наказания. Для сравнения, уровень рецидивной преступности в рассматриваемые нами годы составлял примерно 35%.

Следует также отметить, что контроль за поведением условно-досрочно освободившимися от отбывания наказания в указанные годы не осуществлялся, т.к. законодательно не был определен специализированный государственный орган, в функции которого он входил. Не проводилась и достаточная экономическая экспертиза закона. Еще на стадии разработки законопроекта можно было прогнозировать увеличение численности осужденных в исправительных учреждениях, что в настоящее время подтверждается статистическими данными по тюремному населению в Казахстане на июнь 2008 г. (График 4)

График 4

Динамика численности осужденных в исправительных учреждениях Республики Казахстан 2000-2008 гг.



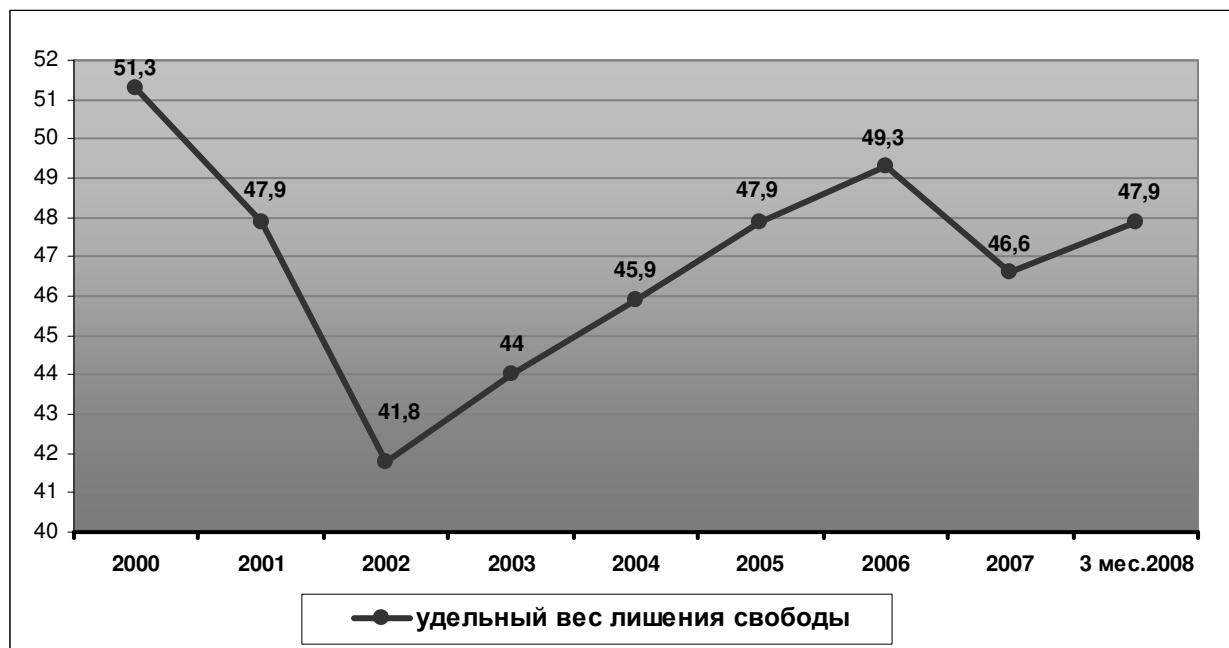
Согласно данным, неоднократно озвученным Комитетом уголовно-исполнительной системы, содержание одного осужденного в год обходится государству и налогоплательщикам порядка 250 тыс. тенге. Нетрудно подсчитать, что уже сегодня требуется значительное увеличение финансирования тюремной системы, особенно также с учетом увеличения численности следственно арестованных и подозреваемых, содержащихся в следственных изоляторах, которая также имеет тенденцию к росту.

Кроме того, размещение такого количества осужденных в исправительных учреждениях неизбежно повлечет за собой ухудшение условий содержания за счет перелимита.

В Государственной программе правовой реформы в Республике Казахстан и Концепции правовой политики Республики Казахстан подчеркивалось, что реализация уголовной политики должна иметь двухвекторную направленность, применение: - строгих мер наказания к лицам, совершающим тяжкие преступления, ранее судимым и упорно не желающим приобщаться к честной жизни; - мягких мер наказания в отношении лиц, виновных в совершении менее опасных преступлений и способных исправиться без изоляции от общества.

За анализируемый нами период введено в действие два новых вида наказания – привлечение к общественным работам и ограничение свободы. Как уже указывалось ранее санкции отдельных составов преступлений дополнены альтернативами, однако наказания, альтернативные лишению свободы, не нашли широкого применения. Как видно из графика 5 удельный вес лишения свободы в общей структуре наказаний остался практически на прежнем уровне, претерпевая незначительные колебания.

Удельный вес лишения свободы в общей структуре наказаний



Попробуем проанализировать причины. Одной из них может быть то, что резервы законодательного применения альтернатив исчерпаны, они заняли свою нишу и возможно лишь их перераспределение по видам, либо механизм реализации данных мер не был достаточно отработан. Однако, по-видимому это не так. Согласно данным Комитета по правовой статистике и специальным учетам на сроки до 3-х лет лишения свободы в 2000 году осуждалось 19539 чел., в 2002г. – 14007 чел., в 2004 – 9148 чел., в 2005г. – 8238 чел., в 2007г. – 6970 чел. Очевидно, что многим из них, возможно, было назначить наказание, не связанное с лишением свободы.

Представляется, что широкое применение наказаний без лишения свободы сдерживается отсутствием эффективной системы их исполнения. К примеру, в Российской Федерации, имеющей уголовное законодательство, тождественное казахстанскому, удельный вес лишения свободы за последние годы сократился до уровня 32%. При этом только штатная численность уголовно-исполнительных инспекций за последние три года увеличена на 10,000 единиц.

В рамках Программы дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2004-2006 годы предусматривалось увеличение штатной численности уголовно-исполнительных инспекций на 1183 единицы, однако данное предложение было отклонено Республиканской бюджетной комиссией и постановлением Правительства Республики Казахстан от 11 февраля 2006 года № 97 «О внесении изменений в постановление Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2003 года № 1376» данный пункт из Плана мероприятий по реализации Программы был исключен по видимому в этом свою негативную роль сыграл остаточный подход к финансированию уголовно-исполнительных инспекций.

Данный пункт был включен в Программу дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2007-2009 годы, реализуемую в настоящее время, однако, как уже отмечалось ранее, финансирование на него не предусмотрено.

Вместе с тем, создание службы пробации в настоящее время чрезвычайно актуально. В связи с введением в законодательство новеллы, предусматривающей учет мнения потерпевшего при решении вопроса о применении условно-досрочного освобождения, возникла потребность в налаживании диалога между потерпевшим и осужденным. Сотрудники исправительного

учреждения не могут выполнять эту функцию, так как территориально ограничены, а вызов потерпевшего может вызвать обратную реакцию. В этих условиях функции медиаторов могли бы взять на себя сотрудники уголовно-исполнительных инспекций, преобразованных в службу пробации. Подобный опыт существует в международной практике и успешно себя зарекомендовал.

По всей вероятности, отсутствием действенной системы исполнения наказаний без лишения свободы и было вызвано то, что контроль за лицами, освобожденными от отбывания наказания условно-досрочно, передан в ведение Министерства внутренних дел. Здесь следует отметить, что согласно действующей редакции статьи 70 УК РК, лица, освобождаемые условно-досрочно, освобождаются именно от отбывания наказания, а не от наказания как такового. Таким образом, фактически в ведение Министерства внутренних дел передана функция исполнения наказания, и целостность уголовно-исполнительной системы нарушена. Необходимо также учитывать, что МВД является силовой структурой, органом борьбы с преступностью и фактически не осуществляет посткриминальный контроль в отношении лиц совершивших преступление.

Переход уголовно-исполнительной системы в ведение гражданского министерства предусматривал демилитаризацию системы, в частности создание собственных охранных структур. Поэтому во всех вводимых в действие исправительных учреждениях создавались охранные подразделения, инфраструктура для военнослужащих срочной службы не создавалась. В настоящее время принято решение передать функции охраны внутренним войскам МВД. Для этого планом мероприятий по реализации программы предусмотрено строительство военных городков в учреждениях ЖД-158/7, ИЧ-167/9, ЗК-169/5, ЕЦ-166/26, КА-168/5. За уголовно-исполнительной системой остается охрана воспитательных колоний и колоний для содержания женщин.

Данное решение идет вразрез с ранее принимаемыми решениями, требует значительных финансовых затрат, не соответствует международным стандартам обращения с заключенными.

Столь часто и кардинально меняющаяся позиция ведомства наводит на мысль о том, что в самом Комитете уголовно-исполнительной системы нет преемственности в проведении уголовно-исполнительной политики. После ее передачи в ведение Министерства юстиции (2001г.) Комитет возглавляет шестой по счету председатель. У каждого из них свое видение решения проблем, но, к сожалению, частая смена руководства не позволяет им в полной мере их реализовать.

В заключение остановимся на вопросах взаимодействия уголовно-исполнительной системы с общественными организациями. Глава Государства, выступая на Гражданских форумах, неоднократно подчеркивал, что необходимо развивать на центральном и региональном уровнях постоянно действующие механизмы сотрудничества в виде общественных советов, консультативно-совещательных органов, комиссий, рабочих групп по законодательной работе, участию в формировании государственных, отраслевых (секторальных) и региональных программ развития, внедрять практику проведения общественных слушаний по социально значимым проблемам.

Все эти вопросы нашли отражение в Концепции развития гражданского общества в Республике Казахстан, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 25 июля 2006 года № 154.

Ранее уголовно-исполнительная система охотно и активно сотрудничала с общественными организациями, выступала инициатором вынесения на международные и республиканские конференции и круглые столы вопросов, связанных с реформированием уголовно-исполнительной системы, совершенствованием законодательства, ознакомлением сотрудников с международными нормами и стандартами. Выше была представлена информация о положительном опыте совместной работы по подготовке предложений и изменений в проекты законов.

28 сентября 2002 г. приказом Министра юстиции №147 была создана Общественная наблюдательная комиссия при Министерстве юстиции, которая 3 марта 2004 года приказом Министра №54 была преобразована в Общественный совет по вопросам уголовно-исполнительной системы при Министре юстиции Республики Казахстан. Общественный совет имел статус консультативно-совещательного органа, его заседания проводились ежеквартально. На заседания выносились вопросы соблюдения законности, совершенствования уголовно-исполнительного законодательства, общественного контроля и другие. Члены Общественного совета посещали исправительные учреждения, вносили предложения по совершенствованию их деятельности.

Вместе с тем, несмотря на эффективность действия совета, в 2005 г. заседания проводиться перестали, а затем Общественный совет был ликвидирован. Причиной ликвидации стало внесение в Уголовно-исполнительный кодекс и Закон «Об органах юстиции» положений об общественном контроле за деятельностью исправительных учреждений и общественных наблюдательных комиссиях, что стало, якобы, дублировать их функции. Объяснение не совсем логично, т.к. деятельность общественных наблюдательных комиссий замыкается на уровне территориальных управлений уголовно-исполнительной системы, либо они могут внести предложения в уполномоченный орган уголовно-исполнительной системы, тогда как Общественный совет со статусом консультативно-совещательного органа вносил предложения на уровне Министра юстиции и мог оказывать влияние на принятие управленческих решений.

17 июня 2002 г. Постановлением Правительства Республики Казахстан N 655 было утверждено Положение о Попечительском совете при воспитательных колониях уголовно-исполнительной системы, для оказания помощи администрациям воспитательных колоний в организации учебно-воспитательного процесса и укреплении материально-технической базы, содействия решению вопросов социальной защиты осужденных, трудового и бытового устройства освобождающихся лиц. Однако в настоящее время по ряду причин Попечительские советы не выполняют в должной мере подобные функции и одной из причин является слабое взаимодействие УИС с представителями гражданского общества.

Стоит отметить, что в Программе дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2004-2006 годы был заложен пункт о расширении взаимодействия с общественными объединениями, в том числе с правозащитными организациями и благотворительными фондами, однако Постановлением Правительства Республики Казахстан от 11 февраля 2006 года № 97 он был исключен. Неясно только по каким причинам, по-видимому, сказалась бюрократическая недооценка ресурсов гражданского общества.

С этого же времени стали заметно менее активными контакты уголовно-исполнительной системы и общественных организаций. Инициативы со стороны уголовно-исполнительной системы по привлечению общественных организаций к нормативно-правовой деятельности были серьезно ограничены.

Предложения по дальнейшему реформированию уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан

Сегодня представляются целесообразными следующие пути реформирования уголовно-исполнительной системы:

- развитие уголовно-исполнительной системы как целостной структуры находящейся в рамках гражданского ведомства Министерства юстиции РК;
- проведение дальнейшей демилитаризации уголовно-исполнительной системы путем подготовки концепции и плана работ;
- переход от казарменного содержания осужденных к камерному, обеспечивающему большую безопасность, как осужденным, так и персоналу исправительных учреждений. В этом русле целесообразна конвергенция (сближение) колонисткой и тюремной систем исполнения наказаний;

- внесение изменений и дополнений в законодательство, направленных на снижение численности осужденных, т.к. в противном случае реформирование невозможно либо слишком затратно;
- принятие законодательных и организационных мер по повышению эффективности исполнения наказаний, не связанных с лишением свободы. В этом направлении важным представляется скорейшее решение вопроса о создании современной и эффективной службы пробации;
- дальнейшее совершенствование форм и методов исправительного воздействия на осужденных, их адаптация и ресоциализация;
- приведение законодательства и практики отбывания наказания международным стандартам прав человека в сфере охраны здоровья осужденных, в частности реформирование ведомственного здравоохранения УИС;
- совершенствование системы подготовки кадров и проведение анализа эффективности и целесообразности ведомственного образования;
- повышение прикладного и академического уровня пенитенциарной науки, предполагающей разработки проблематики исполнения наказаний, как отдельными учеными, так и коллективами научных образовательных учреждений РК;
- налаживание конструктивного диалога с институтами гражданского общества и совершенствование его правовых форм;
- обеспечение прозрачности деятельности учреждений и органов уголовно-исполнительной системы через последовательную реализацию общественного контроля и иных форм сотрудничества с гражданским обществом;
- Обеспечение последовательного курса на гуманизацию уголовно-исполнительной системы, что особенно важно в связи с обязательствами Казахстана по Международному пакту о гражданских и политических правах, которые требуют привести национальное законодательство в соответствие с положениями этого важнейшего документа ООН по правам человека, а также в свете председательства Казахстана в ОБСЕ в 2010.

Август 2008 г.

Аналитическая записка
«Пенитенциарные системы: сравнительный анализ организационно-правовых форм»⁷⁷

Содержание:

1. Термины, используемые в настоящей аналитической записке.
2. Сравнительный анализ институциональных моделей систем исполнения наказаний, в том числе служб пробации в разных странах мира
3. Позиция международных организаций по вопросу подчиненности пенитенциарной системы (ОБСЕ, Совет Европы, Европейский Союз).
4. Аргументы за сохранение пенитенциарной системы в ведение гражданского ведомства - министерства юстиции.

1. Основные термины

- **Система исполнения наказаний** – система государственных органов, а в определенных странах и негосударственных организаций, основной целью которых является исполнение приговоров суда.
- **Пенитенциарная система** – система государственных органов, а в некоторых странах и негосударственных организаций и учреждений, в которых содержатся под стражей лица, осужденные за совершение преступлений (административных проступков), а также подозреваемые и обвиняемые в совершении преступлений до вынесения приговора.
- **Пробация** – программа по применению к осужденному вместо лишения свободы альтернативных надзорных мер, направленных на его исправление. Нарушение программы и режима пробации лицом в отношении, которого была избрана данная мера, обычно влечет за собой лишение свободы.
- **Служба пробации** – система государственных органов, а в некоторых странах и негосударственных организаций, занимающихся реализацией программ пробации в отношении осужденных лиц.

2. Сравнительный анализ институциональных моделей систем исполнения наказаний, в том числе служб пробации в разных странах мира

В мире существует несколько различных институциональных моделей систем исполнения наказаний. В зависимости от принадлежности системы исполнения наказаний к тому или иному государственному ведомству можно выделить пять моделей организации таких систем:

- (1) модель, при которой система исполнения наказаний полностью подотчетна министерству внутренних дел или его эквиваленту;
- (2) модель, в которой система исполнения наказаний полностью управляется министерством юстиции;
- (3) модель, при которой система исполнения наказаний находится под управлением объединенного министерства юстиции и внутренних дел (полиции);

⁷⁷ Настоящая аналитическая записка подготовлена в рамках проекта Центра исследования правовой политики при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в аналитической записке, могут не совпадать с позицией ОБСЕ и отражают авторскую точку зрения.

- (4) модель, при которой система исполнения наказаний находится в ведении отдельного государственного департамента неподконтрольного ни министерству юстиции, ни министерству внутренних дел;
- (5) смешанная модель, при которой различные виды наказаний или меры процессуального принуждения находятся в ведении различных ведомств: пенитенциарные учреждения, в которых содержатся осужденные лица, находятся в ведении министерства юстиции, а места предварительного заключения - в ведении министерства внутренних дел.

Система исполнения наказаний управляемая МВД

В ряде постсоветских стран, таких как Беларусь, Узбекистан и Туркменистан управление пенитенциарной системой полностью входит в полномочия МВД. В Беларуси и Туркменистане эти полномочия выполняет Департамент исполнения наказаний, подчиняющийся непосредственно министру внутренних дел.⁷⁸ В Узбекистане исполнение наказаний контролируется Главным управлением исполнения наказаний (ГУИН) при МВД Республики Узбекистан. Начальник ГУИН в Узбекистане одновременно занимает должность заместителя министра внутренних дел. Примечательно, что эти три страны бывшего Советского Союза являются согласно организации Фридом Хауз (*Freedom House*) одними из самых репрессивных в мире.⁷⁹ Данная модель была унаследована от Советского Союза и также применялась в других бывших республиках СССР. Однако после распада Советского Союза правительства большинства этих стран отказались от нее в пользу модели, при которой управление пенитенциарной системой осуществляется министерством юстиции. Передача полномочий по исполнению наказаний министерству юстиции было осуществлено в 1993 г. в Азербайджане и Эстонии, в 1996 г. – в Молдове, в 1998 г. – в России; в 2000 г. – в Грузии, Латвии и Литве, в 2001 г. – в Армении, в 2003 г. – в Кыргызской Республике.⁸⁰ Аналогичные реформы произошли в начале 1990-х и в других странах бывшего социалистического лагеря, в которых исполнением наказаний занималось министерство внутренних дел, например в 1990 г. в Болгарии, в 1991 г. – в Румынии, и в 1993 г. – в Албании.⁸¹

Более того, до недавнего времени система исполнения наказаний в Англии находилась в компетенции МВД (*Home Office*). Однако в 2007 г. функции по исполнению наказаний были переданы только что созданному министерству юстиции.

Вместе с тем, в ряде демократических стран некоторые органы, исполняющие наказания, подотчетны министру внутренних дел. Так, например, в Канаде компетенция по исполнению наказаний разделена между федеральным правительством и правительствами отдельных провинций. Все наказания связанные с лишением свободы на срок, превышающий два года, исполняются Исправительной службой Канады, федеральным агентством подотчетным министру общественной безопасности (*Minister of Public Safety*), канадскому аналогу министра внутренних дел. На уровне же провинций управление исправительными учреждениями может находиться в компетенции либо провинциального министерства юстиции, как, например, в провинциях Ньюфаундленд и Лабрадор, Нунавут, Новой Шотландии, Северо-Западных Территории и Юконе, либо министерства, отвечающего за охрану правопорядка, иными словами провинциального министерства внутренних дел, как, например, в провинциях Квебек и Онтарио.⁸²

⁷⁸ См., например, структуру Министерства внутренних дел Республики Беларусь, <http://mvd.gov.by/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=5>.

⁷⁹ Беларусь, Туркменистан и Узбекистан получили наивысший рейтинг по ограничению политических и гражданских свобод в отчете *Freedom House* за 2007 г. См. *Map of Freedom in the World, 2008 edition*, <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=363&year=2008>.

⁸⁰ R. Walmsley, *Further Developments in the Prison Systems of Central and Eastern Europe*. Helsinki, 2003, С. 6; Оценка состояния пенитенциарной системы Кыргызской Республики, Министерство Юстиции Кыргызской Республики, Центр ОБСЕ в Бишкеке, Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека, Бишкек, 2006, http://www.osce.org/documents/cib/2007/05/24461_ru.pdf.

⁸¹ R. Walmsley, *Further Developments in the Prison Systems of Central and Eastern Europe*. Helsinki, 2003, С.

6.

⁸² См. Официальный сайт Исправительной Службы Канады <http://www.csc-scc.gc.ca/text/lins-eng.shtml>.

В другой бывшей британской колонии Австралии все пенитенциарные учреждения находятся в юрисдикции отдельных штатов (всего семь). Также как и в Канаде, управление тюрьмами может находиться как в компетенции министерства юстиции, как, например, в Виктории, так и в компетенции полицейского ведомства, как, например в Квинсленде. Там эту функцию выполняет Министерство Полиции и Исправительной Службы (Office of the Minister for Police and Corrective Services).

Следует отметить, однако, что как в Канаде, Австралии и других бывших британских колониях в отличие от стран бывшего советского союза министрами внутренних дел являются не полицейские чины, а профессиональные политики и члены Парламента, что, несомненно, влияет на методы управления и контроля за пенитенциарными учреждениями, смягчает их чрезмерную милитаризованность и карательный характер режима в пенитенциарных учреждениях. Кроме того, различные подразделения таких министерств часто организованы на автономных началах, не связаны жесткой вертикалью подчинения, а министр не имеет полномочий вмешиваться в непосредственную работу полиции, тюремных структур, др. служб. Учитывая, что традиционно системы уголовного правосудия в этих странах имеют много общего с Англией, не исключено, что со временем и в них могут быть осуществлены реформы, связанные с организацией отдельного министерства юстиции, в компетенции которого будет находиться и пенитенциарная служба.

Министерство Внутренних Дел отвечает за исполнение наказаний также в одной стране Европы (Испании), во многих странах Африки (Ангола, Габон, Гамбия, Египет, Замбия, Кения, Малави, Намибия, Нигерия, Судан, Танзания, Руанда), Латинской Америки (Белиз, Боливия, Гватемала, Гондурас, Мексика, Никарагуа, Уругвай, Эквадор), Азии (Бангладеш, Вьетнам, Индия, Камбоджия, Лаос, Северная Корея, Сингапур), и практически во всех странах Ближнего Востока (Израиль, Иордания, Йемен, Катар, Кувейт, Ливан, Саудовская Аравия, Сирия, Объединенные Арабские Эмираты, Оман).⁸³

Следует также отметить, что в некоторых странах служба пробации отделена от пенитенциарной системы и подотчетна не министерству внутренних дел, а совершенно другому государственному ведомству или негосударственному агентству. Так, например, в Сингапуре, служба пробации находится под управлением Министерства общественного развития и спорта (*Ministry of Community Development and Sports*).⁸⁴

Пенитенциарная система, управляемая министерством юстиции

Данная модель является наиболее распространенной институциональной моделью организации системы исполнения наказаний в европейских и других демократических странах. Кроме вышеуказанных постсоветских стран данная модель используется почти во всех странах Европы (Австрия, Бельгия, Босния и Герцеговина, Венгрия, Германия, Греция, Дания, Исландия, Италия, Люксембург, Македония, Нидерланды, Португалия, Сербия, Словакия, Словения, Франция, Финляндия, Чехия, Швеция), некоторых странах Северной и Латинской Америки (Аргентина, Бразилия, Колумбия, Коста-Рика, Перу, Чили), Азии (Афганистан, Пакистан, Тайвань, Таиланд, Турция, Шри-Ланка, Южная Корея, и Япония), а также многих странах Африки (Бенин, Кот-д'Ивуар, Буркина-Фасо, Гвинея Биссау, Демократическая Республика Конго, Кабо-Верде, Камерун, Конго, Лесото, Либерия, Ливия, Мавритания, Мадагаскар, Мали, Мозамбик, Марокко, Нигер, Свазиленд, Сенегал, Того, Тунис, Центральная Африканская Республика, Чад, Экваториальная Гвинея).

Для целей руководства пенитенциарной системой в составе министерства юстиции образуется специальный департамент, напрямую подотчетный министру юстиции. В разных странах существуют различные названия данного государственного органа: Федеральная служба исполнения наказаний в России; Агентство по уголовным наказаниям в Финляндии;

⁸³ King's College London, International Centre for Prison Studies, World Prison Brief. <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/index.php?search=T>.

⁸⁴ Chomil Kamal, The Probation Service in Singapore, UNAFEI Resource Material Series No. 67, С. 64, http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no67/04_Ms.Kamal__p61-p74.pdf.

Центральный Комитет Тюремной Службы в Польше; Национальное Агентство Исправительных Учреждений (НАИУ) в Нидерландах.

Структура и организация службы исполнения наказаний также может варьироваться от страны к стране. Например, в Финляндии Агентство по уголовным наказаниям, возглавляемое Генеральным Директором, состоит из двух служб: службы пробации и тюремной службы. Первая – занимается исполнением общественных санкций, в том числе надзором за условно-осужденными несовершеннолетними, исполнением наказания в форме общественных работ, надзором за условно-досрочно освобожденными лицами, и других наказаний, не связанных с лишением свободы. Вторая – занимается исполнением приговоров, связанных с лишением свободы, а также содержанием под стражей арестованных обвиняемых до приговора суда.

В Нидерландах НАИУ возглавляется Генеральным Директором и ей предоставлена определенная степень свободы в реализации исправительных программ и политики Агентства. НАИУ ежегодно отчитывается перед министерством юстиции и обсуждает бюджет, цели и задачи, которые должны быть выполнены в следующем году. Работа НАИУ отражается в ежегодных планах и отчетах. Структурно НАИУ состоит из четырех основных отделов: (а) отдел тюремной службы; (б) отдел ювенальных учреждений; (в) отдел клиник-тюрем; (г) специальный отдел. В компетенцию отдела тюремной службы входит управление следственными изоляторами, а также всеми видами тюрем, которые варьируются от тюрем с максимальным режимом охраны, полуоткрытых тюрем и до открытых тюрем. Отдел ювенальных учреждений отвечает за администрирование исправительных центров для несовершеннолетних. Отдел клиник-тюрем руководит специальными медицинскими центрами для лиц, совершивших общественно-опасные деяния и признанных полностью либо частично недееспособными.⁸⁵ Примечательно, что хотя бюджетные средства в Нидерландах на службу пробации выделяются министерством юстиции, сами программы осуществляются тремя негосударственными агентствами: отделом пробации Армии Спасения, который, в основном, работает с бездомными людьми и несовершеннолетними; Организацией по защите психического здоровья, которая работает с людьми, страдающими от алкогольной и наркотической зависимости; а также Национальной Службой Пробации, которая насчитывает более 60 офисов от 11 до 15 служащих в каждом. Распределением бюджетных средств и координацией этих агентств занимается Голландский Фонд по Пробации.⁸⁶

Подобное разделение службы пробации и системы исполнения наказаний, связанных с лишением свободы применялось до 1973 г. в Дании. С 1951 по 1973 гг. в Дании функции службы пробации несла негосударственная организация, Датское общество социального обеспечения (*Danish Welfare Society*), осуществлявшая эту деятельность за счет частных пожертвований.⁸⁷ В 1973 г. служба пробации полностью перешла в компетенцию министерства юстиции Дании. Основными причинами этой реформы являлось, во-первых, преимущество того, что исполнение всех наказаний осуществляется одним и тем же министерством, а во-вторых, то, что частных пожертвований уже не хватало для реализации программ пробации.⁸⁸

Пенитенциарная система, управляемая объединенным министерством юстиции и внутренних дел

Так сложилось, что в некоторых странах нет отдельных министерств внутренних дел (полиции) и юстиции. Иными словами, в этих странах одно государственное ведомство выполняет функции, как министерства юстиции, так и министерства внутренних дел. Данная модель используется в таких странах, как, например Андорра, Венесуэла, Мальта, Норвегия,⁸⁹

⁸⁵ Department of Justice, National Agency of Correctional Institutions, Prisons, Detention Centres, Correctional Institutions for Juvenile Offenders, and Custodial Clinics and Forensic Psychiatric Hospitals in the Netherlands, Hague, 2002. http://www.dji.nl/hipe/uploads/071015133232/Corporate_brochure_engels.pdf.

⁸⁶ P.J.P. Tak, The Dutch criminal justice system: Organization and operation. 2nd ed. Boom Juridische uitgevers, 2003, С. 35.

⁸⁷ Probation Service Systems in Europe <http://www.kriminalforsorgen.dk/>.

⁸⁸ Там же.

⁸⁹ <http://www.regjeringen.no/en/dep/jd/About-the-Ministry-of-Justice-and-the-Po/Organization/Departments.html?id=490>.

Панама, Сальвадор, Суринам и Швейцария.⁹⁰ Отсутствие отдельных министерств юстиции и полиции может объясняться рядом причин, в том числе относительной малочисленностью населения этих стран, кроме Венесуэлы.

Система исполнения наказаний, управляемая независимым государственным органом

На фоне подавляющего большинства стран мира, в которых система исполнения наказаний подотчетна либо министерству юстиции, либо министерству внутренних дел, встречаются крайне редкие случаи, когда система исполнения наказаний находится в ведении независимого государственного органа, подотчетного напрямую главе правительства или государства. Среди таких стран можно назвать Южную Африку и Украину.

До начала 1990-х исправительная система Южной Африки находилась под контролем Министерства Юстиции.⁹¹ Однако реформы в начале 1990-х отделили пенитенциарную службу от Министерства Юстиции и передали функции контроля за исполнением наказаний в компетенцию нового Департамента исправительной службы (*Department of Correctional Services*). Одновременно с этим государство ввело концепцию исправления некоторых категорий преступников вне пределов пенитенциарной системы при помощи общественного контроля. Эта реформа рассматривалась как более эффективная модель расходования бюджетных средств и как ответ на перенаселение тюрем. В течение первых лет работы нового Департамента исправительной службы пенитенциарная система претерпела следующие существенные изменения: изменился состав работников пенитенциарной системы и управления, в частности увеличилось представительство чернокожего населения; прошла демилитаризация пенитенциарной системы; были введены институты независимого контроля за департаментом исправительной службы, например, была создана должность судьи-инспектора. Представляется, что одним из факторов передачи тюремной системы из компетенции министерства юстиции и создание нового гражданского департамента исправительной службы является попытка нового южно-африканского правительства упразднить старую модель пенитенциарной системы, которая выполняла карательные функции против чернокожего населения страны в период апартеида. При этом, поспешная замена старых кадров на новых работников не сопровождалась надлежащей подготовкой новых сотрудников, а демилитаризация была ошибочно расценена новыми работниками как отказ от дисциплины. Это в свою очередь негативно отразилось на эффективности работы независимого департамента в первые годы его существования.⁹²

Смешанная модель системы исполнения наказаний и содержания в предварительном заключении

В некоторых странах применяется смешанная модель организации системы исполнения наказаний и содержания в предварительном заключении. Один из вариантов такой модели является система, при которой функции управления учреждениями, в которых содержатся заключенные под стражу, делятся между различными министерствами. Так, например, в Китае и Ираке, в компетенцию Министерства Юстиции входит управление пенитенциарными учреждениями, в которых содержатся осужденные лица, в то время как Министерство Внутренних Дел отвечает за содержание лиц заключенных под стражу на этапе предварительного расследования и суда. Казахстан также входит в эту группу стран, так как часть мест предварительного заключения – изоляторы временного содержания – находятся под контролем МВД, а остальные – следственные изоляторы наряду с пенитенциарными учреждениями – в Министерстве юстиции.⁹³ Кроме того, Следственный изолятор КНБ в

⁹⁰ King's College London, International Centre for Prison Studies, World Prison Brief. <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/index.php?search=T>.

⁹¹ <http://www-dcs.pwv.gov.za/>.

⁹² History of Transformation of Correctional System in South Africa, <http://www-dcs.pwv.gov.za/>.

⁹³ King's College London, International Centre for Prison Studies, World Prison Brief. <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/index.php?search=T>.

Казахстане так и не был передан в министерство юстиции, что говорит о незавершенности организационной реформы пенитенциарной службы в Казахстане.

3. Позиция международных организаций (ОБСЕ, Совет Европы, Европейский Союз) по вопросу подчиненности пенитенциарной системы

Позиция международных организаций относительно предпочтительности той или модели пенитенциарной системы очевидна. ОБСЕ в одном из своих отчетов прямо рекомендовала странам участникам ОБСЕ следующие шаги в реформировании пенитенциарной системы:

- (1) те страны-участницы ОБСЕ, которые до сих пор не передали систему исполнения наказаний из компетенции МВД в компетенцию министерства юстиции, должны рассмотреть вопрос о такой передаче в срочном порядке;
- (2) те страны-участницы ОБСЕ, которые находятся в процессе передачи властных полномочий от МВД к министерству юстиции, должны продолжить данную реформу для того, чтобы изменить характер, мировоззрение и культуру исправительной службы;
- (3) в особенности страны-участницы должны передать властные полномочия по управлению учреждениями предварительного заключения, так как разделение властей между органами, которые содержат обвиняемых и органами следствия наиболее актуально на стадии предварительного расследования;
- (4) передача полномочий от МВД к министерству юстиции не должна сопровождаться разделением полномочий между органами управляющими местами предварительного заключения и тюрьмами; необходимо избежать существования двух различных ведомств, так как это создаст риск замедления реформы уголовного правосудия;
- (5) структурные изменения в области управления пенитенциарной системой не являются самоцелью, а лишь средством для демилитаризации и демократизации исправительной службы;
- (6) роль независимых национальных органов по правам человека, как, например Омбудсман, должна быть усилена в отношении пенитенциарной реформы; БДИПЧ/ОБСЕ должно совместно работать с этими органами с целью усиления их способностей по мониторингу пенитенциарной системы;
- (7) страны-участницы ОБСЕ должны установить эффективную систему для мониторинга по соблюдению прав человека в местах заключения;
- (8) страны-участницы ОБСЕ должны предоставить судебной власти полномочия по контролю за пенитенциарной системой и снизить роль прокуратуры в отношении контроля за пенитенциарной системой.⁹⁴

Таким образом, исходя из этого отчета, можно сделать вывод о том, что ОБСЕ рекомендует своим государствам-участникам использовать модель организации пенитенциарной системы, которая находится в компетенции Министерства Юстиции.

Аналогичной позиции придерживаются и представители Европейского Союза. Так, например, Европейская Миссия по оказанию технической помощи в системе правосудия в Албании (сокращенно Euralis) в своем финальном отчете приветствовала передачу мест предварительного заключения из ведения полиции в компетенцию Министерства Юстиции как важное достижение для албанской пенитенциарной системы.⁹⁵ Кроме того, Европейская Миссия рекомендовала албанскому правительству упразднить Главное тюремное управление, имеющее статус самоуправляемого агентства при Министерстве Юстиции и на его месте создать в структуре Министерства Юстиции еще один департамент – Тюремное управление. По мнению Европейской Миссии данная реорганизация сделает систему тюремного управления более прозрачной и эффективной, будет способствовать коммуникации между Министерством Юстиции и тюрьмами, гарантирует более динамичное развитие тюрем, а также снизит управленческие расходы пенитенциарной системы.⁹⁶

⁹⁴ OSCE, Final Report of the Supplementary Human Dimension Meeting on Prison Reform, Vienna, 8-9 July 2002, C. 3-5. <http://www.legislationline.org/upload/legislations/fe/4b/8a776f8548621786f43e71003532.pdf>.

⁹⁵ http://www.eurallius.org.al/reccomendations/eng/eurallius_final_report.pdf.

⁹⁶ http://www.eurallius.org.al/reccomendations/eng/1.Recommendations_for_the_management_reform_of_the_Albanian_Prison_System.pdf.

Органы Совета Европы также неоднократно высказывались о том, что передача властных полномочий по контролю и управлению пенитенциарной системой от МВД к Министерству Юстиции необходима для соответствия европейским стандартам по правам человека и выполнения международных обязательств странами-членами перед Советом Европы. В частности, Парламентская Ассамблея Совета Европы (ПАСЕ) в своей резолюции 1277 от 2002 г. «О выполнении Российской Федерацией своих обязательств» указала, что «Ассамблея также приветствует передачу 31 декабря 1998 года пенитенциарной системы из Министерства внутренних дел в ведение Министерства юстиции и призывает к дальнейшей демилитаризации тюремной службы».⁹⁷ С другой стороны ПАСЕ неоднократно критиковала власти Украины за промедление в передаче пенитенциарной системы в ведение Минюста. В частности, в резолюции 1179 ПАСЕ указывала, что она «глубоко встревожена медленным выполнением Украиной тех обязательств, которые остались», в том числе тем, что «передача ответственности за пенитенциарную систему в Министерство юстиции осуществляется медленно».⁹⁸ Затем в 2001 г. в резолюции 1262 ПАСЕ указала: «11. Ассамблея предлагает украинским властям: i. подчинить Государственное управление исполнения наказаний Министерству юстиции завершить передачу Министерству юстиции мест предварительного заключения, которые по-прежнему находятся в ведении Министерства внутренних дел и других служб безопасности».⁹⁹ Еще два года спустя в резолюции 1346 по Украине ПАСЕ «призывает власти Украины: ... завершить передачу всей системы исполнения наказаний в ведение министерства юстиции, а также завершить передачу различных следственных изоляторов, все еще находящихся в системе министерства внутренних дел и различных спецслужб, в ведение Государственного департамента исполнения наказаний».¹⁰⁰

Таким образом, можно сделать вывод, что международные организации, такие как ОБСЕ, Европейский Союз и Совет Европы, выработали единую позицию относительно предпочтительной институциональной модели системы исполнения наказаний, которой является пенитенциарная система, управляемая Министерством Юстиции.

4. Аргументы за сохранение пенитенциарной системы в ведение гражданского ведомства, Министерства юстиции

Любая реформа по реорганизации и реструктуризации государственных органов, в том числе органов пенитенциарной системы, должна сопровождаться глубоким анализом иностранного опыта, позиции международных организаций по правам человека, а также финансовой целесообразности такой реформы. Если казахстанское правительство намерено рассмотреть вопрос о создании независимого агентства по исполнению наказаний, то ему необходимо учесть следующие аргументы.

(1) Как указывалось выше в пункте 2 данной аналитической записки в большинстве развитых демократических стран управление и контроль за пенитенциарными учреждениями осуществляется именно министерством юстиции. Сравнительный анализ институциональных моделей систем исполнения наказаний также показывает, что модель, при которой пенитенциарная система находится под контролем МВД, в основном распространена в недемократических странах. Что касается, опыта стран, таких как ЮАР и Украина, в которых действует независимое агентство по исполнению наказаний, то он не может являться примером для Казахстана по ряду причин. Во-первых, как говорилось выше, ЮАР создало новый независимый от Министерства Юстиции департамент исправительной службы в ходе реформ по демократизации и демилитаризации пенитенциарной системы, которая в период апартеида в ЮАР контролировалась Министерством Юстиции. Таким образом, новое

⁹⁷ http://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/%5BRussian_documents%5D/%5B2002%5D/%5BAvril2002%5D/Resol_1277.asp.

⁹⁸ <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/ERES1179.htm>.

⁹⁹ http://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/%5bRussian_documents%5d/%5b2001%5d/%5bSept2001%5d/Resol1262.asp#TopOfPage.

¹⁰⁰ http://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/%5bRussian_documents%5d/%5b2003%5d/%5bSept_2003%5d/Res%201346%20Rus.asp#TopOfPage.

правительство ЮАР попыталось построить совершенно новую систему исправительной службы, которая бы не имела ничего общего со старым расистским режимом и государственным ведомством (Министерством Юстиции), которое контролировало исполнение наказаний. При проведении этой радикальной реформы в первые годы существования нового независимого агентства сильно пострадала эффективность исправительной системы. Во-вторых, что касается опыта Украины, то создание в 1998 г. Государственного Департамента Украины по вопросам исполнения наказаний на базе Главного управления исполнения наказаний (ГУИН) МВД Украины как отдельной структуры явилось компромиссной мерой, обеспечив в срочном порядке вывод пенитенциарной системы из структуры МВД. Украина на тот момент не была готова сразу передать пенитенциарную систему в Министерство Юстиции, как того требовали международные обязательства Украины перед Советом Европы.¹⁰¹ Таким образом, в отличие от большинства бывших советских республик, которые передали систему исполнения наказаний в компетенцию Министерства Юстиции, Украина отложила проведение полноценной реформы пенитенциарной системы. До сегодняшнего момента сохраняется неопределенность в окончательном определении подведомственности системы исполнения наказаний в Украине. Однако, можно предположить, что Украина все-таки выполнит требования Совета Европы в части передачи функций по исполнению наказания в Министерство юстиции.¹⁰²

(2) Создание в Казахстане независимого агентства, не подчиняющегося Министерству Юстиции, будет противоречить не только общепринятой практике в развитых демократических странах, но также позиции международных организаций, в том числе ОБСЕ, организации, в которой Казахстан будет председательствовать в 2010 году.

(3) Предоставление Комитету уголовно-исполнительной системы статуса независимого агентства снизит степень контроля за руководством и сотрудниками пенитенциарной системы в области соблюдения прав и свобод заключенных. Если Комитет будет входить в систему Правительства Республики Казахстан его деятельность может быть менее прозрачной. Как показывает опыт Украины самостоятельность ведомства по исполнению наказаний может способствовать его закрытости и милитаризации.¹⁰³

(4) Создание нового государственного ведомства, департамента или министерства потребует дополнительных финансовых затрат.

Выводы

- (1) В мире существует несколько институциональных моделей организации пенитенциарной системы, однако наиболее распространенной и демократичной моделью является пенитенциарная система, регулируемая министерством юстиции.
- (2) Создание независимого ведомства по исполнению наказаний в Казахстане нецелесообразно ни по финансовым причинам, ни по каким-либо другим причинам. Наоборот данная реформа чревата тем, что пенитенциарная система приобретет более закрытый и неконтролируемый характер.

Июль 2008 г.

¹⁰¹ Букалов О. П. Создание и функционирование самостоятельного государственного департамента по вопросам исполнения наказаний: опыт Украины. Аналитическая записка Центра исследования правовой политики. 2008 г.

¹⁰² Там же.

¹⁰³ Там же.

Аналитический доклад «Либерализация уголовной политики и реформирование законодательства об административных правонарушениях в Республике Казахстан»¹⁰⁴

1. История становления законодательства об административных правонарушениях в Республике Казахстан

История законодательства об административных правонарушениях, особенно принимая во внимание его существующий формат, не является продолжительной. Выделение административных правонарушений в отдельную категорию правонарушений, равно как обособление отдельного вида правовой ответственности – административно-правовой ответственности – это большей частью продукт развития советского законодательства.

В досоветский период и в науке административного права, которое определенный период называлось полицейским правом, и в законодательстве не было четких различий между уголовными и административными правонарушениями. Оба эти понятия рассматривались как преступления, различающиеся степенью общественной опасности¹⁰⁵. С другой стороны, как отмечают ученые, не было разграничений и в предметном различии применяемых полицейскими органами мер административного принуждения: все действия полиции направленные на предупреждение, пресечение и раскрытие уголовных преступлений и административных проступков относились к разряду административного принуждения¹⁰⁶ (тогда как в современном понимании эти меры могут охватываться уголовным правом и процессом, уголовно-исполнительным правом).

Первые попытки разделения преступлений и проступков предпринимались и в науке учеными-полицистами, и в законодательстве во второй половине XIX века.

Так, отмечает А.Б. Агапов, в законодательстве России конца XIX века основным критерием разграничения правонарушений была подведомственность дел о проступках и преступлениях (в зависимости от размера причиненного ущерба) волостному или общему суду. В качестве маловажных проступков рассматривались кража, мошенничество, нарушение общественного порядка во время богослужения, нарушение правил торговли крепкими алкогольными напитками, правил противопожарной безопасности, мотовство и пьянство и т.д. Санкции за маловажные проступки были несоизмеримо более гуманными в сравнении с наказаниями за уголовные преступления. К примеру, волостные суды были вправе налагать пять видов наказаний:

- публичный выговор;
- денежное взыскание от 25 копеек до 3 рублей;
- общественные работы на срок до шести суток;
- арест сроком до 15 суток, простой или строгий (в последнем случае с содержанием правонарушителя на хлебе и воде);
- наказание розгами до 20 ударов¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Настоящий аналитический доклад подготовлен в рамках проекта Центра исследования правовой политики при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, могут не совпадать с позицией ОБСЕ и отражают авторскую точку зрения. Автор аналитического доклада

¹⁰⁵ Агапов А.Б. Административная ответственность: Учебник. – М.: «Статут», 2000. С. 63.

¹⁰⁶ Там же. С. 67.

¹⁰⁷ Там же. С. 77.

Можно обнаружить некоторую общность санкций с современными административными санкциями (публичный выговор и предупреждение, денежное взыскание и штраф, арест и административный арест).

Следует отметить, что еще в XIX веке правом налагать штрафы за «маловажные проступки» предоставлялось различным несудебным органам и лицам: сельскому старосте, волостному старшине, крестьянскому обществу, полицейским органам, должностным лицам исполнительной власти, особенно в условиях чрезвычайного положения¹⁰⁸.

Ответственность за маловажные проступки в России конца XIX века регламентировалась различными актами (Лесной устав, Сельский судебный устав)¹⁰⁹.

В 1864 г. императором Александром II был утвержден Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями - акт, который стал прообразом современного КоАП¹¹⁰. Устав о наказаниях состоял из 13 глав, первая из которых содержала общие положения. Особенная часть содержала составы 150 проступков, разделенных в зависимости от объекта посягательства на 12 видов. Уставом о наказаниях были фактически разграничены понятия «преступление и проступок»¹¹¹. В соответствии с этим уставом и другими актами, дела о проступках рассматривались волостными и мировыми судами. Так по Уставу уголовного судопроизводства (1864) мировым судьям были подсудны «дела о менее важных преступлениях и проступках, за которые в законах определены только выговоры, замечания и внушения; денежные взыскания, которых высшая мера не превосходит 300 рублей»¹¹².

Заметим, что вопросы разграничения преступлений и проступков были продолжительное время дискуссионными и в других странах. Так немецкий ученый К. Граалманн-Шеерер пишет, что существующему в настоящее время разграничению уголовного деяния и нарушения общественного порядка предшествовала долгая дискуссия, начало которой восходит к 19 веку. Только с принятием Закона о нарушениях общественного порядка в 1952 г, немецкий законодатель впервые свел вместе в рамочном законе принципы административных наказаний¹¹³.

В советское время вопросы административной ответственности стали активно изучаться в 50-80-е годы прошлого века. Именно в это время сформировалось понятие административной ответственности как разновидности правовой ответственности. Вместе с тем до середины 60-х годов XX века применение административных взысканий не привязывалось к понятию административной ответственности, которая не находила отражения в законодательстве. Только со второй половины 60-х годов в отечественное административное законодательство

¹⁰⁸ Тарасов И.Т. Очерки науки полицейского права. Цит. по Российское полицейское (административное) право: Конец XIX – начало XX века: Хрестоматия / Сост. и вступит. ст. Ю.Н. Старилова. – Воронеж: Изд-во Воронежского государственного университета, 1999. С. 187; Елистратов А.И. Основные начала административного права. Цит. по Российское полицейское (административное) право: Конец XIX – начало XX века: Хрестоматия. С. 568-569.

¹⁰⁹ Агалов А.Б. Указ. раб. С 84.

¹¹⁰ Принятию акта предшествовало то, что 23 марта 1861 г. в докладной записке императору Александру II, главноуправляющий II отделением Государственного Совета граф Д.Н. Блудов указал на необходимость отграничения преступлений, подведомственных уголовным судам, от «полицейских проступков», подлежащих в судах Западной Европы разбирательству специальными полицейскими судьями или административными органами. См.: Агалов А.Б. Указ. раб. С. 85.

¹¹¹ Агалов А.Б. Указ. раб. С. 86-87.

¹¹² Устав уголовного судопроизводства (1864, ноября 20) // Хрестоматия по истории государства и права СССР. Дооктябрьский период / Под ред. Ю.П. Титова, О.И. Чистякова. – М.: Юрид.лит., 1990. С. 414-415.

¹¹³ Граалманн-Шеерер К. Правовые нормы, регулирующие административные правонарушения (нарушения общественного порядка) // Материалы международной научно-практической конференции «Административное судопроизводство: проблемы и перспективы развития». – Алматы, редакция журнала «Зангер», 2005. С. 64.

входит понятие «административная ответственность», которое в 70-90-х годах становится ходовым как в праве, так и в науке¹¹⁴.

Первую монографию по вопросам административной ответственности связывают с именем российского ученого А.Е. Лунева «Административная ответственность за правонарушения» появившуюся в 1961 г.¹¹⁵

Вопросы административной ответственности долгое время регулировались отдельными разрозненными нормативными актами. Не существовало единых процедур привлечения к административной ответственности. К моменту первой в СССР систематизации и кодификации законодательства об административных правонарушениях, последнее состояло более чем из 500 разрозненных союзных и республиканских законодательных и правительственных нормативных правовых актов¹¹⁶.

Первым кодифицированным актом по вопросам административных правонарушений в СССР стали Основы законодательства об административных правонарушениях Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях принятые Верховным Советом СССР 23 октября 1980 г.¹¹⁷. Из всех Основ советского законодательства (а их было 16), только Основы жилищного законодательства были приняты позднее Основ законодательства об административных правонарушениях.

Спустя несколько лет после принятия Основ, в республиках бывшего СССР, принимаются Кодексы об административных правонарушениях (КоАП). Следует отметить, что Казахстан первым из всех советских республик принял соответствующий Кодекс – 22 марта 1984 г.¹¹⁸ Уместно вспомнить, что другие фундаментальные кодексы были приняты почти на 20 лет раньше (Уголовный кодекс Казахской ССР в 1959 г., Гражданский кодекс Казахской ССР в 1963 г.), то есть в то время, когда ученые-административисты только начинали изучение фундаментальных вопросов административной ответственности. Существовали объективные трудности, связанные, прежде всего, с разнородностью административных правонарушений, широким кругом общественных отношений, охраняемых административно-правовыми санкциями. Очень тяжело было соединить в одном акте огромное количество правонарушений в публичной сфере, не являющихся преступлениями, охватить их едиными процедурами, согласовать санкции.

Огромное значение Кодекса проявлялось в том, что в нем были собраны многочисленные разрозненные составы административных правонарушений, введены единые процедуры привлечения к административной ответственности, обжалования и опротестования постановлений и их исполнения. Оригинальность казахстанского кодекса состояла в том, что в нем были более четко прописаны процессуальные вопросы привлечения к административной ответственности (в частности, в кодексах других союзных республик гораздо позже появилась детальная расшифровка, кто и по каким составам имеет право составлять протоколы об административных правонарушениях). Принятие кодексов об административных правонарушениях было большим достижением и юридической науки и юридической практики.

На содержание Кодекса огромное влияние оказало уголовное право, поскольку институты уголовной и административной ответственности, преступления и административного правонарушения имеют много общего.

¹¹⁴ Бельский К.С. Об административной ответственности // Институты административного права России. М.: Институт государства и прав РАН, 1999. С. 234.

¹¹⁵ Бахрах Д.Н. Административная ответственность граждан в СССР. – Свердловск, Изд-во Уральского университета, 1989. С.6.

¹¹⁶ Татарян В.Г. Современное состояние административно-деликтного законодательства государств-участников Содружества Независимых государств // Административное право: теория и практика. Укрепление и динамика социально-экономического развития. Материалы научной конференции. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2002. С. 417.

¹¹⁷ Ведомости Верховного Совета СССР. 1980. № 44. С. 909.

¹¹⁸ Ведомости Верховного Совета Казахской ССР. 1984. № 14 (Приложение).

С самого начала, Кодекс стал одним из самых динамичных законодательных актов, а бесконечные изменения и дополнения стали его неотъемлемой характеристикой.

Дальнейшее развитие законодательства об административных правонарушениях связывается с перестройкой правовой системы в условиях независимости и существования Казахстана как суверенного государства. В Государственной программе правовой реформы утвержденной постановлением Президента Республики Казахстан от 12 февраля 1994 г. отмечалось, что развитие административного законодательства должно идти по пути расширения числа составов административных правонарушений за счет декриминализированных деяний, установления ответственности за неисполнение судебных и следственных постановлений, повышения размеров налагаемых штрафов. Из Кодекса об административных правонарушениях необходимо исключить составы проступков, противоречащих современным социально-экономическим преобразованиям¹¹⁹.

Несмотря на исчезновение субъекта под названием Казахская ССР, КоАП Казахской ССР действовал до начала XXI века и подвергался серьезным изменениям как с точки зрения общих вопросов наложения административных взысканий, так и с точки зрения формирования и закрепления конкретных составов. В 90-е годы прошлого века проявилась тенденция «растаскивания» кодекса по отраслевым актам. В частности в Законе Республики Казахстан от 20 июля 1995 г. «О таможенном деле в Республике Казахстан»¹²⁰ (в настоящее время утратил силу) были сформулированы составы административных правонарушений и процедуры привлечения к административной ответственности, которые действовали до введения в действие нового Кодекса об административных правонарушениях. Такая же тенденция обнаружилась при подготовке действующего Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс), принятого 12 июня 2001 г.¹²¹ Довольно большая группа специалистов предлагала изъять из КоАП все составы, касающиеся правонарушений в сфере налогообложения. Однако, возобладала точка зрения о том, что любые правонарушения, являющиеся по своей природе административными, вне зависимости от их отраслевой принадлежности должны быть сосредоточены в Кодексе об административных правонарушениях.

В 1995 году подготовка Кодекса об административных правонарушениях вошла в план законопроектных работ на 1996 год и, по этому плану, новый Кодекс должен был быть представлен в Парламент в августе 1996 г.¹²² Основными разработчиками законопроекта были определены Министерство юстиции и Министерство внутренних дел. Однако подготовка нового Кодекса затянулась на годы. Одной из причин было устойчивое мнение, что КоАП нельзя принимать раньше Уголовного кодекса (напомним, что Уголовный кодекс был принят в 1997 г.).

Создавались различные рабочие группы, с привлечением специалистов разных отраслей знаний и с попытками глубокой теоретической проработки Кодекса. И некоторое время казалось, что разрабатываемый Кодекс будет принципиально отличаться от Кодекса 1984 г. Существовало несколько проектов нового Кодекса и некоторые предварительные варианты, по нашему мнению, были гораздо лучше окончательного акта. Однако, в итоге работа свелась скорее к технико-юридической чистке старого Кодекса (устранению неактуальных составов, типа, нарушение правил обучения каратэ или приставание к иностранным гражданам с целью приобретения вещей, изменению размеров взысканий, пересмотру субъектов административной юрисдикции и др.).

¹¹⁹ Собрание актов Президента и Правительства Республики Казахстан (САПП РК). 1994. № 9. Ст. 91.

¹²⁰ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 13. Ст. 23.

¹²¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2001 г. № 11-12. Ст. 168.

¹²² См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 15 декабря 1995 г. «О Плане законопроектных работ Правительства на 1996 год» // САПП РК. 1995. № 38. Ст. 492.

Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях был принят 30 января 2001 г.¹²³. Казахстанская пресса отмечала, что Кодекс родился в муках: пять лет напряженной работы в недрах Минюста, почти восемь месяцев – в нижней палате парламента и пять дней жесткого цейтнота в сенате – срок, вполне позволивший всесторонне проработать и оспорить все 738 статей нового свода административного законодательства¹²⁴.

На самом деле, новый Кодекс трудно назвать новым, поскольку он сохранил очень много подходов, институтов, проблем которые были в Кодексе Казахской ССР. В частности, речь идет о слабо прописанных процедурах, очевидном приоритете интересов государства. Разработчики в ряде случаев не смогли уйти от советских подходов в вопросах административной ответственности, выражающихся в акцентах на разрешительные функции государства, неоправданной жесткости в наказаниях за проступки, не обладающих высокой степенью общественной опасности. Многие юристы, бизнесмены, правозащитники увлеклись обсуждением других фундаментальных кодексов, просто упустили из виду КоАП, который казался гораздо менее значимым по сравнению с другими актами. Невнимание к необходимости глубокой теоретической проработки положений Кодекса, к мнению многих ученых и практиков дало о себе знать уже вскоре после вступления его в силу.

Конечно, нельзя отрицать определенную новизну Кодекса, в частности, в вопросах закрепления принципов законодательства об административных правонарушениях, новых видов наказаний, установления в качестве субъекта ответственности юридических лиц, расширения и приоритета судебной подведомственности при рассмотрении дел об административных правонарушениях, альтернативности в выборе места обжалования и т.д.

Одной из характеристик нового Кодекса является его большая репрессивность по сравнению с ранее действующим актом: размеры взысканий увеличились в десятки раз, появились новые и очень серьезные меры взыскания. Причем с каждым годом тенденция репрессивности Кодекса усиливалась.

Необходимо отметить и институциональные изменения в сфере органов, рассматривающих административные правонарушения. В новом Кодексе остались традиционные органы административной юрисдикции: суды, многочисленные контрольно-надзорные органы, комиссии по защите прав несовершеннолетних (ранее комиссии по делам несовершеннолетних), вместе с тем были исключены такие органы, как административные комиссии и местные исполнительные органы. Позднее комиссии по защите прав несовершеннолетних также были исключены из состава субъектов административной юрисдикции¹²⁵.

9 февраля 2002 г. был принят Указ Президента Республики Казахстан «Об образовании специализированных межрайонных экономических и административных судов»¹²⁶. В соответствии с этим указом были образованы в порядке эксперимента специализированные межрайонные административные суды в городах Астана и Алматы¹²⁷. Результаты эксперимента были признаны удачными и Указом Президента от 9 сентября 2004 г. были образованы специализированные административные суды по всему Казахстану¹²⁸.

¹²³ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001 г. № 5-6. Ст. 25.

¹²⁴ Юридическая газета. 2001, 10 января.

¹²⁵ См: Закон Республики Казахстан от 20 января 2006 г. «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2006. № 2. Ст. 20.

¹²⁶ САПП РК. 2002 г. № 6. Ст.38.

¹²⁷ Можно вспомнить, что должности административных судей существовали определенный период в судах общей юрисдикции в советское время.

¹²⁸ Указ Президента Республики Казахстан от 9 сентября 2004 года «Об образовании, реорганизации и упразднении некоторых районных и приравненных к ним судов Республики Казахстан» // САПП Республики Казахстан. 2004. № 33. Ст. 441.

Необходимость их создания была вызвана тем, что новым КоАПг., к компетенции судов было отнесено более 400 составов правонарушений вместо 54 существовавших ранее¹²⁹.

Однако, административные суды были образованы далеко не во всех административно-территориальных единицах (например, на уровне области административные суды были образованы только в городах Астана и Алматы), что привело к тому, что судьи общей юрисдикции продолжают рассматривать дела об административных правонарушениях наряду с судьями административных судов. Кроме того, в связи с созданием в стране ювенальной юстиции, часть составов КоАП отнесена к компетенции судей специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних¹³⁰.

Предполагалось, что административные суды будут рассматривать дела об административных правонарушениях и гражданские дела об оспаривании решений и действий государственных органов и должностных лиц, но в итоге административные суды стали рассматривать дела об административных правонарушениях и жалобы (протесты) на постановления, вынесенные административными органами.

2. Современное состояние законодательства об административных правонарушениях

Современное состояние законодательства об административных правонарушениях оценивается неоднозначно. С одной стороны, Кодекс выполняет свою роль объединения многочисленных правонарушений в публично-правовой сфере, обеспечения общественного порядка и общественной безопасности, инструмента сдерживания ведомственного административного произвола.

С другой стороны, действующий Кодекс об административных правонарушениях сразу стал вызывать негативную оценку с точки зрения адекватности государственного реагирования на правонарушения, не представляющие большой общественной опасности, защиты граждан и юридических лиц в процессе производства по делам об административных правонарушениях,

Причем, противоречия и проблемы КоАП были очевидны сразу после опубликования акта и введения его в действие. Более того, о них говорили ученые, специалисты задолго до принятия Кодекса. Но условия, в которых готовился Кодекс, не позволяли сделать серьезную теоретическую проработку его концептуальных положений, исключить коллизии с другими нормативными правовыми актами, внутреннюю несогласованность акта.

Справедливости ради следует отметить, что противоречивость Кодекса, неоднозначность многих его положений изначально заложены в природе и огромном количестве тех отношений, которые им регулируются. Кодекс очень сложный акт с точки зрения юридической техники. Не случайно он, как правило, принимается позднее других основополагающих кодифицированных актов.

О серьезных проблемах Кодекса свидетельствуют многочисленные поправки. С момента введения его в действие в 2001 году принято более 70 законов, вносящих изменения и дополнения в рассматриваемый Кодекс. Понятно, что административное законодательство, включая законодательство об административных правонарушениях, очень динамично, но такое громадное количество изменений все равно трудно объяснимо. Бесконечное число

¹²⁹ Мами К.А. Некоторые итоги реформирования административного судопроизводства в Казахстане и перспективы развития // Материалы международной научно-практической конференции «Административное судопроизводство: проблемы и перспективы развития. – Алматы, редакция журнала «Зангер», 2005. С. 21.

¹³⁰ Закон Республики Казахстан от 5 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних» // Казахстанская правда. 2008, 15 июля.

изменений привело, к примеру, к тому, что некоторое время в КоАП существовали две статьи под одним и тем же номером (см. ст. 177-1).

В КоАП может быть обнаружено огромное количество проблем как концептуального, так и частного характера. В рамках настоящего анализа мы остановимся на наиболее общих теоретических проблемах, которые требуют своего решения или, по крайней мере, внимания.

А) Законодательство об административных правонарушениях

В соответствии с Законом Республики Казахстан от 24 марта 1998 г. «О нормативных правовых актах» под законодательством понимается совокупность нормативных правовых актов, принятых в установленном порядке. Статья 1 КоАП утверждает, что законодательство Республики Казахстан об административных правонарушениях состоит из настоящего Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях. Такое утверждение не соответствует ни Закону о нормативных правовых актах, базовому закону, определяющему параметры нормотворчества, ни фактическому положению вещей (административные правонарушения содержатся и в других актах казахстанского законодательства). Поэтому данная статья нуждается в корректировке с точки зрения более расширенного толкования понятия законодательства об административных правонарушениях.

Серьезной проблемой является динамичность законодательства об административных правонарушениях, выражающаяся в большом количестве изменений и дополнений, уследить за которыми трудно даже специалисту. Подобная динамичность дает преимущества государственным органам по инициативе которых чаще всего и вносятся изменения и дополнения. Учитывая слаборазвитую систему распространения правовой информации, отсутствие прозрачности в обсуждении поправок, граждане и представители организаций могут даже не догадываться о введении новых составов проступков или усилении санкций, которые неизбежно наступают сразу после введения их в действие. Существует еще и «технический» момент: принципиальные изменения и дополнения, часто рассредоточенные среди огромного количества статей, вносящих изменения и дополнения в другие акты, проходят незаметными для широкого круга граждан и организаций.

Другой проблемой, заслуживающей внимания, является отсылочность многих статей КоАП. Конкретные составы правонарушений, предусматривающие административную ответственность, содержатся в актах, которые принимаются министерствами и ведомствами, агентствами и маслихатами, а также другими органами. Таким образом, лица, подозреваемые в совершении правонарушений, часто даже не имеют возможности проверить, а совершали ли они в действительности правонарушения. А у государственных органов появляется возможность манипулирования различными актами.

Б) Действие законодательства об ответственности за административные правонарушения во времени

В соответствии с пунктом 1 статьи 5 КоАП, лицо, совершившее административное правонарушение, подлежит ответственности на основании законодательства, действовавшего во время совершения этого правонарушения.

Совершенно объяснимое положение ревизуется в статье о штрафе, наиболее распространенном виде административных взысканий. В соответствии с пунктом 1 статьи 48, административный штраф, налагаемый за административное правонарушение должен соответствовать определенному количеству месячного расчетного показателя, устанавливаемого в соответствии с законодательным актом, действующим на момент наложения административного взыскания. Очевидно явное несоответствие общей и специальной нормы КоАП.

В) Состав административного правонарушения

Одно из парадоксальных положений КоАП связано с понятием административного правонарушения. Дело в том, что если административным правонарушением физического лица признается виновное (умышленное или неосторожное) действие либо бездействие, то в отношении юридических лиц о вине вообще не говорится. Для объяснения такой несправедливости по отношению к юридическому лицу снова необходимо обратиться к истории. Кодекс Казахской ССР об административных правонарушениях в качестве субъекта административной ответственности определял только физическое лицо. Хотя и в советское время фактически существовала административная ответственность юридического лица в соответствии с другими актами административного законодательства. И вполне нормальным при разработке нового КоАП выглядело желание закрепить фактическое положение вещей в нормативном порядке. Но для этого требовалась серьезная теоретическая проработка вопроса, а не простое исключение важнейшего элемента состава правонарушения. На практике все свелось к тому, что вину юридического лица доказывать не надо. Поэтому, одно из основных направлений развития законодательства об административных правонарушениях видится в разработке нормативных положений о вине юридического лица за совершение таких правонарушений.

В другом случае, Кодекс не учитывает, что большинство составов административных правонарушений по своему характеру являются формальными, то есть для наличия состава достаточно действия (бездействия) и не требуется наступления общественно опасных последствий как, например, в случае с преступлениями. Тем не менее, в КоАП (в очень важных для любого акта об ответственности положениях об освобождении от ответственности), обнаруживается непосредственная связь с возмещением причиненного правонарушением вреда. Так в статье 68 говорящей об освобождении от административной ответственности при малозначительности правонарушения утверждается, что малозначительность такого правонарушения это случаи, когда наряду с другими обстоятельствами учитывается то, что санкция, предусмотренная в статьях особенной части настоящего раздела, превышает размер причиненного административным правонарушением вреда. Примерно такой же подход присутствует в статье 67, говорящей об освобождении от административной ответственности в связи с деятельным раскаянием.

Г) Ответственность физического и юридического лица за одно правонарушение

Очень критикуемым, уже во время обсуждения проекта действующего КоАП, выглядело положение пункта 2 статьи 28 о том, что наложение административного взыскания на физическое лицо не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо, равно как, привлечение к административной ответственности юридического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо. По сути, речь идет о том, что за одно правонарушение может наступить двойная ответственность с точки зрения субъектов ответственности, тем самым нарушаются основополагающие принципы ответственности, не говоря уже о том, что подобное положение создает благодатную почву для совершения коррупционных правонарушений. Заметим, что практика привлечения за одно правонарушение к ответственности и физического, и юридического лица не является оригинальной. Она встречается в законодательстве и других стран. Но речь в таких случаях идет о более серьезных правонарушениях, в частности о коррупционных, а не общей практике наказания за правонарушения, не представляющих большой общественной опасности.

Д) Субъекты административной ответственности

В числе лиц, подлежащих административной ответственности, указанных в статье 31 КоАП, названы юридические лица. Однако сам Кодекс в различных других статьях в качестве субъектов административной ответственности называет филиалы казахстанских юридических лиц, а также структурные подразделения (филиалы и представительства) иностранных и международных некоммерческих неправительственных объединений.

Физические лица могут выступать в многочисленных качествах: должностные лица, руководители, работодатели, главные бухгалтеры, родители, что также в определенных ситуациях вносит определенную неясность.

Вообще, деление субъектов на физические и юридические лица, применяемое, прежде всего, в гражданском праве, в административном праве воспринимается неоднозначно, что показывает тот же КоАП.

Большое количество вопросов вызывает перенос субъекта ответственности с конкретного исполнителя правонарушения на другое лицо. Речь идет, прежде всего, о родителях, которые несут ответственность за действия своих несовершеннолетних детей. Целый ряд статей (320, 331, 332, 334, 341, 500) предусматривает ответственность родителей или лиц, их заменяющих за действия, совершенные несовершеннолетними в возрасте до шестнадцати лет. На практике, судьи нередко прекращают производство по делу за отсутствием состава правонарушения.

В соответствии со статьей 34-1 КоАП, собственник (владелец) транспортного средства освобождается от административной ответственности за правонарушение, совершенное с участием этого транспортного средства, если в ходе проверки по его сообщению или заявлению будет установлено лицо, во владении которого оно находилось в момент фиксации правонарушения либо оно было из его обладания в результате противоправных действий других лиц. Таким образом, если реальный правонарушитель не будет установлен, то ответственность может нести лицо, которое не совершало правонарушения. Фактически бремя доказывания ложится не на государственный орган, а на правонарушителя, что противоречит принципам процесса по делам об административных правонарушениях.

Е) Вмешательство в сферу частно-правовых отношений.

Одной из особенностей действующего Кодекса является установление публичной ответственности за те правонарушения, которые вытекают из гражданско-правовых отношений. Применение административно-правовых санкций за нарушение договорных обязательств выглядит, по меньшей мере, неуместным в Кодексе, который посвящен вопросам публичного права. Особенно такое вмешательство ощущается на примерах правонарушений в банковской или страховой сферах. Например, пункт 2 статьи 174 КоАП устанавливает ответственность за неосуществление, а равно несвоевременное осуществление страховой выплаты или неправильное выполнение иных условий заключенного договора о страховании.

Статья 275 КоАП предусматривает ответственность за нарушение условий контракта на недропользование. Понятно, что такой контракт имеет и публичный, и частно-правовой характер, но необъяснимо широкое распространение публично-правовой ответственности на любые условия контракта. Справедливости ради следует отметить, что на данную проблему уже обратили внимание и определенная работа по исключению из КоАП составов связанных с гражданско-правовым регулированием были проведена¹³¹, но проблема осталась и требует решения.

Ж) Виды и размеры административных взысканий

Серьезные проблемы на практике возникли с определением видов, размеров, порядком исчисления административных взысканий.

Одним из самых проблемных видов взысканий, пожалуй, является административный штраф.

Первая трудность связана с порядком исчисления штрафов. В соответствии с пунктом 1 статьи 48 КоАП, административный штраф налагается в размере, соответствующем определенному

¹³¹ См.: Мухаметкалиев Р.З. Проблемные вопросы законодательства в области административного законодательства // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Материалы учебного семинара. – Алматы, 2006. С. 324.

количеству месячного расчетного показателя. В отдельных случаях, предусмотренных в статьях особенной части КоАП, размер штрафа выражается:

- в процентах от суммы неисполненного или исполненного ненадлежащим образом налогового обязательства;
- в процентах от суммы не перечисленных (несвоевременно перечисленных) социальных отчислений;
- в процентах от суммы операции, проведенной с нарушением норм законодательства Республики Казахстан,
- в процентах от суммы дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности;
- в размере суммы нанесенного окружающей среде вреда.

Заметим, что соответствующая статья Общей части прямо говорит о случаях, предусмотренных Особенной частью.

Вместе с тем, статьи особенной части КоАП, забывая про общие положения исчисления штрафов, нередко устанавливают свои правила исчисления.

Особенно характерно такое положение для налоговых правонарушений. Штрафы связываются с суммами расчетов, стоимостью товаров, суммами убытков или налогов, которые на самом деле уплачены.

В связи с этим требуется серьезная ревизия статей КоАП, которые предусматривают «сложный» порядок исчисления штрафов. Порядок установленный для исчисления штрафов в Общей части не должен изменяться в Особенной части. В противном случае имеют место противоречия, трудно разрешимые в рамках действующего административного законодательства.

Вторая трудность связана с размерами штрафов. Как уже отмечалось выше, одна из традиционных характеристик действующего Кодекса связана с его репрессивностью. Действительно размеры взысканий, в связи с введением КоАП в 2001 г., увеличились в разы.

Граждане и организации особенно остро почувствовали жесткость Кодекса на примере штрафов. Трудно оспаривать эффективность штрафа как меры воздействия на правонарушителя. Опыт других стран показывает, что штраф - очень популярная мера взыскания, часто заменяющая многие другие взыскания или доминирующая в общей системе наказаний. В Казахстане стремление устанавливать все большие и большие размеры штрафов привело к тому, что административные штрафы по своему размеру могут превышать размеры штрафов по уголовному праву. Если в уголовном праве штраф назначается в пределах от двадцати пяти до двадцати тысяч месячных расчетных показателей, то административный штраф, даже для граждан, может составлять двести месячных расчетных показателей, а для организаций две тысячи и более. То есть, размеры административных штрафов могут заметно превышать нижнюю планку уголовных штрафов. Практика показывает, что реальные размеры административных штрафов, налагаемых судами, могут составлять миллиарды тенге. Но тогда возникает сомнение в том, что правонарушение, за которое предусмотрен такой штраф, является административным. Есть определенные признаки, отличающие административные правонарушения от преступлений и одним из таких признаков является общественная опасность. В свою очередь степень общественной опасности определяет характер и жесткость меры взыскания, отсюда - принципиальные различия в сроках или размерах административных и уголовных взысканий. К сожалению, подобные классические положения юридической ответственности забываются или не учитываются разработчиками различных актов¹³².

¹³² Можно также привести пример со сроками давности привлечения к ответственности. Сроки давности по преступлениям начинаются с двух лет, сроки давности по отдельным административным правонарушениям составляют три года и пять лет.

Говоря о видах административных взысканий, нельзя не отметить, что в КоАП 2001 г. появились новые взыскания, которые, по сути, могут поставить крест на деятельности любой организации.

К таким видам взысканий относится приостановление или запрещение деятельности или отдельных видов деятельности индивидуального предпринимателя или юридического лица.

Новая санкция появилась в КоАП 2001 г. Проблемы, главным образом, связаны с запрещением деятельности юридических лиц. Запрещение по КоАП по правовым последствиям означает не что иное, как ликвидацию юридического лица. Но вопросы прекращения юридической личности в соответствии с современным казахстанским законодательством это прерогатива гражданского права (см. статью 49 Гражданского кодекса Республики Казахстан, которая, кстати, в качестве одного из оснований для принудительной ликвидации юридического лица называет совершение правонарушения).

По действующему КоАП и в соответствии с одним из нормативных постановлений Верховного Суда (нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 26 ноября 2004 года № 18 «О некоторых вопросах применения судами законодательства об административных правонарушениях»¹³³), юридическое лицо может быть ликвидировано в порядке административного судопроизводства, если статья КоАП предусматривает соответствующую санкцию либо в порядке гражданского судопроизводства, если юридическое лицо совершило правонарушение, но статья КоАП не предусматривает санкцию в виде запрещения. Выражение «в порядке административного судопроизводства» означает, что должны действовать процедуры, предусмотренные КоАП, однако в статье 53 (раскрывающей содержание этой санкции) говорится о подаче искового заявления, обращении в суд и других моментах свидетельствующих о неприменимости административных процедур.

В таком варианте налицо смешение гражданско-правовых, административно-правовых и гражданско-процессуальных институтов. Мы уже пропускаем вопрос о возможной двойной, хотя и разноотраслевой, ответственности за одно правонарушение или о том, что сам КоАП говорит о том, что административное взыскание за административное правонарушение налагается в пределах, предусмотренных в статье особенной части за конкретное административное правонарушение в точном соответствии с положениями Кодекса.

Для эффективного воздействия на юридическое лицо-правонарушителя возможно применение такой меры административного взыскания. Но, во-первых, эта мера должна носить временный характер, учитывая принципы правовой ответственности, сроки давности наложения взысканий. Во-вторых, мера должна применяться только тогда, когда имеется соответствующее указание в конкретной статье Особенной части КоАП.

Еще одна проблема связана с назначением взыскания ниже низшего предела. Даже Уголовный Кодекс Республики Казахстан содержит положение возможности назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление (статья 55). КоАП, который по своему характеру является гораздо более мягким актом, такой возможности не предусматривает.

3) Процессуальные вопросы законодательства об административных правонарушениях.

Огромное количество претензий высказывается к процессуальной части КоАП. И это вполне объяснимо. Процессуальные положения кодекса изначально прописывались совершенно для других правовых ситуаций. Учитывая небольшую степень общественной опасности административных правонарушений и сравнительно мягкие санкции, административно-юрисдикционные процедуры были упрощенными, позволяющими быстро и оперативно рассмотреть вопрос о вынесении или освобождении наказания. Когда административные штрафы стали исчисляться миллиардами тенге, а организация даже за незначительное правонарушение могла быть подвергнута наказанию в виде запрещения деятельности, лица,

¹³³ Казахстанская правда. 2005, 13 января.

привлекаемые к административной ответственности, стали реально участвовать в различных стадиях производства по делам об административных правонарушениях. Однако, во многих случаях Кодекс оказался неготовым к такому развитию событий, обнаружилось большое количество пробелов причем на всех стадиях процесса¹³⁴.

К примеру, на стадии возбуждения дела не определено, какие именно должностные лица могут составлять протоколы по делам об административных правонарушениях, существует очень сомнительная с точки зрения правовых принципов возможность возвращения протокола об административном правонарушении для устранения содержащихся в нем недостатков (часть 3 статьи 640).

На стадии рассмотрения дела, непосредственно рассмотрению дела об административном правонарушении посвящено всего два предложения в частях 2 и 3 статьи 648. КоАП, нет четко установленного правила о ведении протокола судебного или административного заседания.

На стадии исполнения присутствует множество отсылочных норм об исполнении постановлений в установленном порядке, но таких «порядков» законодательством не предусмотрено.

Особенно много пробелов обнаружилось на стадии пересмотра вступивших или не вступивших в законную силу постановлений по делам об административных правонарушениях.

До сих пор в случае обжалования постановлений о наложении взысканий действуют два акта: КоАП (если речь идет об обжаловании/опротестовании постановлений, вынесенных судьей специализированного районного или приравненного к нему административного суда в вышестоящий суд; обжаловании/опротестовании решений административных органов в вышестоящий орган) или ГПК (если речь идет об обжаловании в суде постановления по делу об административном правонарушении, вынесенного административным органом). Получилось, что в отношении одних и тех же по природе процедур действуют два различных акта, которые время от времени ссылаются друг на друга, чем еще больше запутывают ситуацию. Очень неудачными выглядят положения о пересмотре постановлений, вступивших в законную силу и с точки зрения возможностей пересмотра (например, постановления, вынесенные во внесудебном порядке, по общему правилу, не могут быть пересмотрены в судебном порядке после вступления их в силу) и с точки зрения субъектов, имеющих право инициировать такой пересмотр (прокуроры, которые сами участвуют в процессе нередко в качестве «обвинителя»).

Общая проблема процессуальной части Кодекса об административных правонарушениях – отсутствие достаточного количества гарантий справедливого судебного процесса. Это касается состязательности сторон, презумпции невиновности лица, в отношении которого ведется производство по делу об административных правонарушениях и наоборот презумпции правильности действий государственных органов, положения защитника и многих других вопросов процесса. Особенно важны эти гарантии, когда речь идет об очень серьезных административных взысканиях: административном аресте, приостановлении или запрещении деятельности, конфискации.

И) Меры административно-процессуального обеспечения

В процессе привлечения к административной ответственности государственные органы наделены правом применять различные меры административно-процессуального обеспечения

¹³⁴ Представитель судейского корпуса С. Раимбаев пишет, что по делам об административных правонарушениях на практике воплощен принцип скорого суда, и, что характерно и граждане ни граждане, ни юридические лица, ни другие организации, ни сами судьи не высказывают претензий по поводу существующего процессуального порядка. См.: *Раимбаев С.И.* Административное судопроизводство. Проблемы и перспективы развития // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Материалы учебного семинара. – Алматы, 2006. С. 232. Можно согласиться только с тезисом о «скором суде», но никак не об отсутствии претензий.

в целях пресечения административного правонарушения, установления личности подозреваемого в его совершении, составления протокола об административном правонарушении, обеспечения своевременного и правильного рассмотрения дела и исполнения принятого по делу постановления: доставления, задержания, досмотры, изъятия вещей и документов, освидетельствования и др. Реализация таких мер связана с большим количеством проблем в части оснований для применения, возможных процессуальных действий, определения субъектов обладающих правом применения и субъектов, к которым эти меры применяются, сроков, обжалования, места фактической реализации и т.д. Не случайно одним из самых распространенных нарушений в деятельности органов внутренних дел являются незаконные доставления и административные задержания. Положения КоАП, регулирующие вопросы административно-процессуального обеспечения требуют глубокого анализа, переработки, корректировки с другими актами, регулирующими полицейскую деятельность (Закон об органах внутренних дел, Таможенный кодекс и др.)

3. Либерализация уголовной политики и ужесточение законодательства об административных правонарушениях

Одной из тенденций в развитии правовой системы является либерализация уголовной политики, гуманизация уголовного законодательства. Эта тенденция была обозначена еще в начале 90-х годов прошлого века и проявлялась в различных качествах при подготовке государственных программ и концепций, Уголовного Кодекса и Кодекса об административных правонарушениях.

Так, в соответствии с Государственной программой правовой реформы утвержденной постановлением Президента Республики Казахстан 12 февраля 1994 г. отмечалось, что развитие административного законодательства должно идти по пути расширения числа составов административных правонарушений за счет декриминализированных деяний¹³⁵.

В Указе Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года «О Концепции правовой политики Республики Казахстан» говорится, что реализация уголовной политики Республики Казахстан должна включать в себя принятие комплекса законодательных мер, направленных на дальнейшую декриминализацию правонарушений, относящихся к преступлениям небольшой тяжести, в том числе и посредством перевода их в сферу административной и гражданско-правовой ответственности¹³⁶.

Результаты декриминализации явно ощущались в Уголовном Кодексе 1997 г. Причем, перенос правонарушений из уголовных в разряд административных является постоянным процессом. Так в КоАП появилась целая глава (глава 9-1), включившая в себя правонарушения, часть из которых ранее относилась к преступлениям (побои, причинение средней тяжести вреда здоровью по неосторожности)¹³⁷.

Периодически выдвигаются предложения о переносе в состав административных правонарушений различных других составов: присвоение или растрата чужого имущества, налоговые преступления, значительное количество преступлений небольшой тяжести и др.

Заметим, что административные правонарушения и преступления имеют много общего и провести между ними четкую грань в отдельных случаях очень трудно. Наиболее традиционная точка зрения выражается в том, что административные правонарушения имеют

¹³⁵ САПП РК. 1994. № 9. Ст. 91.

¹³⁶ САПП РК. 2002. № 31. Ст. 336.

¹³⁷ См. Закон Республики Казахстан от 9 декабря 2004 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный, Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан и Кодекс Республики

Казахстан об административных правонарушениях по вопросам упрощения процедур расследования уголовных дел, декриминализации некоторых составов преступлений и совершенствования законодательства об административных правонарушениях» // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2004. № 23. Ст. 139.

меньшую степень общественной опасности по сравнению с преступлениями. Конечно, имеются составы, которые традиционно рассматриваются как административные правонарушения (нарушение тишины, безбилетный проезд, распитие спиртных напитков в общественных местах и т.д.). В то же время существует достаточное количество примеров, когда одно и то же деяние в зависимости от различных элементов или обстоятельств может признаваться административным правонарушением либо преступлением. К таким обстоятельствам могут относиться последствия или ущерб (различные нарушения правил дорожного движения); способ (незаконная охота); неоднократность (нарушение правил об административном надзоре). В связи с процессами декриминализации КоАП наполняется все большим количеством составов, которые принципиально отличаются от традиционных административных правонарушений и, прежде всего, по степени общественной опасности. Появляется объективная необходимость выработки новой классификации административных правонарушений, равно как разных подходов в процессуальных вопросах рассмотрения дел об административных правонарушениях. К примеру, процедуры привлечения к ответственности за правонарушения, санкции за которые выступают в виде предупреждения или штрафа должны отличаться от процедур привлечения к ответственности за правонарушения, санкции за которые выступают в виде административного ареста или запрещения деятельности. Об этом, кстати, свидетельствует зарубежный и международный опыт (в частности решения Европейского суда по правам человека), в соответствии с которым, к примеру, любая санкция, предусматривающая даже кратковременное лишение свободы, рассматривается как уголовно-правовая со всеми вытекающими отсюда характеристиками надлежащей судебной процедуры.

Все это следует учитывать в связи с тем, что процесс либерализации уголовной политики и гуманизации уголовного законодательства имеет своим последствием ужесточение административного законодательства. Это признается даже в программных документах. Так в Концепции правовой политики Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года говорится, что развитие административного законодательства предполагает компенсацию декриминализации отдельных статей Уголовного кодекса Республики Казахстан усилением административной ответственности. Действительно административно-правовых санкций может быть недостаточно для адекватного государственного реагирования на бывшие преступления, которые априори несут большую степень общественной опасности, чем обычные административные правонарушения.

Как уже было сказано выше, изначально Кодекс об административных правонарушениях имел целью регулирование вопросов привлечения к ответственности за малозначительные правонарушения, наказание за которые не являлось очень обременительным для граждан. Долгое время КоАП вообще не регулировал административную ответственность юридических лиц.

К примеру, административный арест всегда был мерой взыскания, носящей экстраординарный характер и применявшейся за очень ограниченный круг правонарушений. В первоначальной редакции статьи 55 действующего КоАП была часть 2, которая говорила о том, что, административный арест устанавливается лишь в исключительных случаях за отдельные виды административных правонарушений. В существующей редакции статьи 55 эта часть исключена. И этому есть свое объяснение: примерно 50 составов предусматривают санкцию в виде административного ареста, что трудно назвать «исключением», включая, например, такой состав как систематическое нарушение пешеходами и иными участниками дорожного движения требований установленных правил обеспечения безопасности дорожного движения.

Около 15 составов предусматривают такую меру взыскания, как запрещение деятельности юридического лица, кроме того, административный орган может обратиться в суд с заявлением о запрещении деятельности, если даже такая санкция не указана в Особенной части КоАП.

Поэтому усиление административной ответственности должно сопровождаться соответствующим развитием законодательства об административных правонарушениях и особенно его процессуальной части. На смену упрощенному порядку производства по делам об административных правонарушениях должен прийти более детальный порядок с

тщательной регламентацией процессуальных действий, закреплением необходимых процессуальных гарантий участников процесса, расширением возможностей обжалования принятых решений, обеспечения состязательности сторон и т.д. Особенно это касается тех производств, которые заканчиваются вынесением санкций в виде ареста, запрещения деятельности, конфискации.

Гуманизация уголовного законодательства, безусловно, повлияла на ужесточение законодательства об административных правонарушениях. Вместе с тем будет ошибочным считать только ее виновником все усиливающегося репрессивного характера КоАП. Санкции многих традиционных административных правонарушений также постоянно усиливаются. КоАП стал активно использоваться для вмешательства в дела хозяйствующих субъектов, неправительственных организаций, ограничения прав и свобод граждан. Причем объяснения такого усиления и вмешательства достаточно однобоки. Они сводятся к тому, что серьезные взыскания заставят участников административных правоотношений более ответственно подойти к соблюдению законов. При этом в очередной раз забываются классические подходы в вопросах правовой ответственности. Последний пример такого рода связан с широкомасштабной акцией по увеличению размеров санкций в КоАП за нарушения правил дорожного движения¹³⁸. Санкции не только увеличились, но и стали безальтернативными, что с одной стороны выглядит справедливым, а также препятствует возможным коррупционным правонарушениям. Но с другой стороны при наложении взысканий должен учитываться принцип индивидуализации наказания. В соответствии со статьей 60 КоАП, административное взыскание должно быть справедливым, соответствующим характеру правонарушения, обстоятельствам его совершения, личности правонарушителя. При наложении административного взыскания на физическое лицо учитываются характер совершенного административного правонарушения, личность виновного, в том числе его поведение до и после совершения правонарушения, имущественное положение, обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность. При наложении административного взыскания на юридическое лицо учитывается характер административного правонарушения, имущественное положение, обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность. Безальтернативность санкций практически нивелирует принцип индивидуализации наказания.

Существует, может быть не совсем правовое, объяснение сложившейся ситуации. Решение многих экономических, политических, социальных проблем в последнее время видится в усилении ответственности: увеличении размеров взысканий, распространении круга субъектов ответственности. Но усиление ответственности может привести к негативным результатам: ограничению активности, непрозрачности деятельности, использовании коррупционных инструментов¹³⁹. Поэтому не менее важным является обеспечение неотвратимости наказания, повышение правовой культуры, создание качественных актов, использование неюридических рычагов воздействия на участников общественных отношений.

4. Возможные варианты развития законодательства об административных правонарушениях

Развитие законодательства об административных правонарушениях можно представить в следующих вариантах:

А. Традиционный вариант

¹³⁸ См.: Закон Республики Казахстан от 4 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам обеспечения безопасности дорожного движения» // Казахстанская правда. 2008, 22 июля.

¹³⁹ О неоднозначности ужесточения наказаний за административные правонарушения в различных сферах говорят и представители судейского корпуса и ученые. См., к примеру: Сулеймен С. За утверждение гуманизма // Юридическая газета. 2005, 11 октября; Таранов А.А. Применение норм административного законодательства. Теория и практика // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Материалы учебного семинара. – Алматы, 2006. С. 5.

Кодекс продолжает наполняться все новыми и новыми составами административных правонарушений, происходит усиление санкций в действующих составах. На определенном этапе кодекс становится трудно применимым на практике, с учетом множества противоречий, отсылочных норм, постоянных изменений, что приведет к необходимости подготовки нового Кодекса. Последний, скорее всего, подвергнется юридико-технической чистке без изменений принципиальных, концептуальных подходов в вопросах административной ответственности и производства по делам об административных правонарушениях. Такие предложения, кстати, уже озвучиваются в Казахстане.

Б. Эволюционный вариант

Кодекс делится на две самостоятельных части, которые становятся самостоятельными актами. Одна из них по аналогии с Уголовным кодексом будет содержать общие вопросы административной ответственности (понятие, принципы, взыскания, субъекты, обстоятельства смягчающие и отягчающие ответственность и т.д.) и только составы административных правонарушений. Должна поменяться идеология Кодекса, он будет призван не столько обслуживать интересы государства в публично-правовой сфере и быть рычагом административного воздействия на различных субъектов, сколько обслуживать интересы всего общества, в том числе быть препятствием для злоупотреблений государственной администрации. Необходимо провести ревизию всех составов административных правонарушений и исключить те из них, которые не представляют в современных условиях общественной опасности или не являются по своей природе публично-правовыми. Особое внимание следует уделить субъектам ответственности, в частности юридическим лицам, адекватности санкций за конкретные правонарушения.

По нашему мнению, имеется смысл задуматься над названием такого акта. Казахстанский законодатель сменил в свое время в названии Кодекса только название государства. Но, по сути, кодекс посвящен не столько административным правонарушениям, сколько вопросам административной ответственности за правонарушения: и для физического, и для юридического лица гораздо важнее как оно будет наказано. Отсюда более корректное название, отражающее природу и предназначение этого акта: Кодекс об административной ответственности. Кстати, административные правонарушения очень часто перечисляются не в самом Кодексе, а в других актах: решениях маслихатов, актах центральных исполнительных органов. Тогда как ответственность за эти правонарушения предусмотрена только Кодексом. Интересно, что в отдельных статьях действующий КоАП сам использует формулировку «законодательство об ответственности за административные правонарушения» (см. к примеру, статьи 4, 5).

Вторая часть будет включать в себя процессуальную часть, которая будет посвящена исключительно вопросам производства по делам об административных правонарушениях по аналогии с Уголовно-процессуальным кодексом. Должны быть тщательно и ясно прописаны все стадии производства; применяемые меры административно-процессуального обеспечения; закрепление, насколько это возможно, рассмотрения дел в судебном порядке; создание прозрачной и понятной системы пересмотра постановлений по делам об административных правонарушениях; фиксирование необходимых и достаточных процессуальных гарантий. Требуется завершения процесс становления административных судов по всей Республике с созданием административных коллегий в областных судах.

Вообще, вопрос об адекватном правовом регулировании производства по делам об административных правонарушениях является очень актуальным в связи с разработкой актов, посвященных административному процессу. По нашему мнению, эти вопросы должны быть в любом случае вычленены из КоАП и тщательно отрегулированы в другом акте. Решение, в каком именно акте, зависит от общего направления развития административного судопроизводства. Если передавать в ведение административных судов не только рассмотрение дел об административных правонарушениях и жалоб на действия административных органов в процессе соответствующего производства, но и вопросы административной юстиции, то есть рассмотрения любых публичных споров между гражданами, организациями и государственной администрацией, то целесообразно иметь

единый акт, регулирующий вопросы и юрисдикционного, и юстиционного плана. Если же оставлять рассмотрение публичных споров гражданско-процессуальному законодательству, тогда достаточно отрегулировать в административно-процессуальном кодексе только вопросы производства по делам об административных правонарушениях, забрав из ГПК главу о производстве по делам об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях.

В. Революционный вариант

Следует отказаться от Кодекса об административных правонарушениях как такового. Заметим, что во многих правовых системах современных государств такие акты отсутствуют или организованы иным образом¹⁴⁰. Вопросы привлечения к административной ответственности в подобном ракурсе надо передать в сферу регулирования уголовного права, для чего разработать новую классификацию общественно опасных правонарушений. В этой связи потребуются кардинальный пересмотр не только законодательства об административных правонарушениях, но и уголовного, и уголовно-процессуального законодательства. Сближение административных правонарушений и преступлений в связи с декриминализацией последних, усилением репрессивных начал в административном законодательстве все больше стирает грань между двумя видами общественно опасных деяний, что обозначает потенциал объединения их в одном акте при всей трудности такого объединения и с точки зрения теоретического осмысления задачи, и с точки зрения практической возможности ее выполнения. Хотя в казахстанской правовой литературе уже встречаются мнения, что КоАП по своей сути и природе – это облегченный вариант уголовного законодательства¹⁴¹. При таком развитии событий, административные суды не должны заниматься производством по делам об административных правонарушениях, а сосредоточиться на вопросах рассмотрения публично-правовых споров между гражданами, организациями и государственной администрацией.

Как один из подвариантов революционного развития событий является выделение из КоАП административных правонарушений, которые стали таковыми в процессе декриминализации, а также других административных правонарушений, за которые предусмотрены строгие меры взыскания в виде административного ареста, конфискации, запрещения деятельности в отдельный акт со своими процедурами близкими к уголовному процессу. Подобные правонарушения в перспективе могут быть переданы на рассмотрение мировых судей, в случае создания таких субъектов судебной юрисдикции.

Таким образом, законодательство об административных правонарушениях требует серьезного реформирования не столько с точки зрения устранения многочисленных противоречий, неточностей, обнаружившихся за более, чем 7 лет его применения, но и с точки зрения возвращения к концептуальным вопросам административной ответственности, также как к теоретическим вопросам правовой ответственности применительно к одному из ее видов на современном этапе политико-правового развития. Без решения этих общих вопросов трудно будет устранить и проблемы частного характера и проблемы правоприменительной практики.

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ:

¹⁴⁰ Так Й. Делле, представитель немецкого общества по техническому сотрудничеству, которое оказывает большое содействие в совершенствовании казахстанского административного законодательства, пишет, что

Кодекс об административных правонарушениях Республики Казахстан не имеет в немецком праве соответствующего аналога. Административные правонарушения распределены в Германии по многим законам и законодательным областям. В принципе административные правонарушения рассматриваются как часть уголовного права и зачастую даже обозначается как «малое уголовное право». См.: Делле Й. Административное право, административные правонарушения и составы налоговых преступлений: краткий экскурс в административные процедуры по вопросам налогового права // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Материалы учебного семинара. – Алматы, 2006. С. 268.

¹⁴¹ Диалоги // Юридическая газета. 2004, 4 ноября.

А. Литература:

1. *Агапов А.Б.* Административная ответственность: Учебник. – М.: «Статут», 2000.
2. *Бахрах Д.Н.* Административная ответственность граждан в СССР. – Свердловск, Изд-во Уральского университета, 1989.
3. *Бельский К.С.* Об административной ответственности // Институты административного права России. М.: Институт государства и прав РАН, 1999.
4. *Граалманн-Шеерер К.* Правовые нормы, регулирующие административные правонарушения (нарушения общественного порядка) // Материалы международной научно-практической конференции «Административное судопроизводство: проблемы и перспективы развития. – Алматы, редакция журнала «Зангер», 2005. С. 64.
5. *Делле Й.* Административное право, административные правонарушения и составы налоговых преступлений: краткий экскурс в административные процедуры по вопросам налогового права // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Материалы учебного семинара. – Алматы, 2006. С. 268.4.
6. Диалоги // Юридическая газета. 2004, 4 ноября.
7. *Елистратов А.И.* Основные начала административного права // Российское полицейское (административное) право: Конец XIX – начало XX века: Хрестоматия/ Сост. и вступит. ст. *Ю.Н. Старилова.* – Воронеж: Изд-во Воронежского государственного университета, 1999.
8. *Мами К.А.* Некоторые итоги реформирования административного судопроизводства в Казахстане и перспективы развития // Материалы международной научно-практической конференции «Административное судопроизводство: проблемы и перспективы развития. – Алматы, редакция журнала «Зангер», 2005.
9. *Мухаметкалиев Р.З.* Проблемные вопросы законодательства в области административного законодательства // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Материалы учебного семинара. – Алматы, 2006.
10. *Раимбаев С.И.* Административное судопроизводство. Проблемы и перспективы развития // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Материалы учебного семинара. – Алматы, 2006. С. 232.
11. *Сулеймен С.* За утверждение гуманизма // Юридическая газета. 2005, 11 октября.
12. *Таранов А.А.* Применение норм административного законодательства. Теория и практика // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Материалы учебного семинара. – Алматы, 2006.
13. *Тарасов И.Т.* Очерки науки полицейского права // Российское полицейское (административное) право: Конец XIX – начало XX века: Хрестоматия / Сост. и вступит. ст. *Ю.Н. Старилова.* – Воронеж: Изд-во Воронежского государственного университета, 1999.
14. *Татарян В.Г.* Современное состояние административно-деликтного законодательства государств-участников Содружества Независимых государств // Административное право: теория и практика. Укрепление и динамика социально-экономического развития. Материалы научной конференции. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2002.
15. Устав уголовного судопроизводства (1864, ноября 20) // Хрестоматия по истории государства и права СССР. Дооктябрьский период / Под ред. *Ю.П. Титова, О.И. Чистякова.* – М.: Юрид.лит., 1990.

Б. Нормативные правовые акты:

1. Основы законодательства об административных правонарушениях Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях принятые Верховным Советом СССР 23 октября 1980 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1980. № 44. С. 909
2. Кодекс Казахской ССР об административных правонарушениях от 22 марта 1984 // Ведомости Верховного Совета Казахской ССР. 1984. № 14 (Приложение).
3. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1994. № 23-24 (приложение).
4. Уголовный Кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1997. № 15-16. Ст. 211.

5. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1999. № 18. Ст. 644.
6. Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001 г. № 5-6. Ст. 25.
7. Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» от 12 июня 2001 года (Налоговый кодекс) // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001 г. № 11-12. Ст. 168.
8. Закон Республики Казахстан от 20 июля 1995 г. «О таможенном деле в Республике Казахстан» // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 13. Ст. 23.
9. Закон Республики Казахстан от 9 декабря 2004 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный, Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан и Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях по вопросам упрощения процедур расследования уголовных дел, декриминализации некоторых составов преступлений и совершенствования законодательства об административных правонарушениях» // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2004. № 23. Ст. 139.
10. Закон Республики Казахстан от 20 января 2006 г. «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2006. № 2. Ст. 20.
11. Закон Республики Казахстан от 4 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам обеспечения безопасности дорожного движения» // Казахстанская правда. 2008, 22 июля.
12. Закон Республики Казахстан от 5 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних» // Казахстанская правда. 2008, 15 июля.
13. Государственная программа правовой реформы утв. Постановлением Президента Республики Казахстан от 12 февраля 1994 г. // Собрание актов Президента и Правительства Республики Казахстан (САПП РК). 1994. № 9. Ст. 91.
14. Указ Президента Республики Казахстан от 9 февраля 2002 г. «Об образовании специализированных межрайонных экономических и административных судов» // САПП РК. 2002 г. № 6. Ст.38.
15. Указ Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года «О Концепции правовой политики Республики Казахстан» // САПП РК. 2002. № 31. Ст.336
16. Указ Президента Республики Казахстан от 9 сентября 2004 года «Об образовании, реорганизации и упразднении некоторых районных и приравненных к ним судов Республики Казахстан» // САПП Республики Казахстан. 2004. № 33. Ст. 441.
17. Постановление Правительства Республики Казахстан от 15 декабря 1995 г. «О Плане законопроектных работ Правительства на 1996 год» // САПП РК. 1995. № 38. Ст. 492.
18. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 26 ноября 2004 г. «О некоторых вопросах применения судами законодательства об административных правонарушениях» // Казахстанская правда. 2005, 13 января.

Сентябрь 2008 г.

**Аналитический доклад
«Право об административных правонарушениях: опыт стран Западной и Восточной Европы, требования Европейского Суда по Правам Человека и стандарты Совета Европы»¹⁴²**

Материальное административно-деликтное законодательство стран Западной Европы

Уголовному и административно-деликтному законодательству европейских государств «устоявшейся демократии» присуще чрезвычайное разнообразие урегулирования. Отличие проявляется в названии самых административных деликтов, их правовой принадлежности и соотношении с уголовно-наказуемыми деяниями, характеристиках субъектов ответственности, субъективной стороне соответствующих деликтов и следствиях совершения этих нарушений. Отличаются также формы и способы урегулирования ответственности за административные деликты.

Среди признаков, общих для административно-деликтного законодательства всех государств, можно определить: историческое происхождение административных нарушений из уголовного права, признание субъектами ответственности физических и юридических лиц, установление главным взысканием денежного штрафа, существование кроме административных взысканий дополнительных мер за совершение нарушения, отсутствие полной систематизации составов нарушений в пределах одного нормативного акта и т.п.

Историческое происхождение административных нарушений из уголовного права заключается в том, что все виды нарушений в XX веке в европейских государствах рассматривались исключительно в пределах уголовного законодательства. Но развитие экономики и сфер активности человека удостоверило невозможность урегулировать ответственность за все виды нарушений механизмами уголовного права с обязательным привлечением суда, соблюдением принципа состязательности и равенства сторон и т.п. Поэтому, одним из шагов в направлении повышения эффективности действия уголовного права, надлежащего обеспечения правопорядка и уголовно-процессуальной экономии стало выделение некоторых деяний (проступков, полицейских проступков, нарушений), которые наказывались представителями не судебной власти, а полиции, т.е. административными органами власти. Такие процессы состоялись в праве Германии, Швейцарии, Бельгии, Италии и Португалии. В законодательстве этих государств административные деликты являются разновидностью уголовно-наказуемых действий, которые подпадают под действие общих положений уголовных законов. Только в Германии, Швейцарии и Бельгии административные нарушения являются третьей разновидностью наказуемых действий (здесь присутствует трихотомия видов деяний), а в Италии и Португалии - второй разновидностью, поскольку здесь существует дихотомия наказуемых деяний.

Уголовное право Дании отличается от соответствующих сфер других стран, поскольку оно не признает деления наказуемых деяний на разные виды и использует только один вид деяний – преступление. Но некоторая часть преступлений (определенных в законах о дорожном

¹⁴² Настоящий аналитический доклад подготовлен в рамках проекта Центра исследования правовой политики при поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ). Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, могут не совпадать с позицией БДИПЧ ОБСЕ и отражают авторскую точку зрения.

движении и транспорте, налогах, охране окружающей природной среды, государственное здравоохранения и т.п.) составляют основу административно-деликтного права.

Правовые системы других государств (Австрии, Франции, Нидерландов, Испании, Греции) характеризуются отграничением административно-деликтного законодательства от уголовного, что проявляется в невозможности применения к административным деликтам и отношениям, которые возникают вследствие их совершения, общих положений уголовных законов. Путь стран к такому пониманию и состоянию права об административных деликтах был разным: австрийское и голландское право пришло от уголовных проступков к отделенным административным нарушениям, а административно-деликтное право Франции, Греции и Испании - сформировалось исключительно вследствие активной деятельности судебной власти. Конечно, в начале формирования системы административных деликтов в основу по аналогии брались соответствующие понятия и институты уголовных законов. Но теперь можно констатировать отдаленность административно-деликтного законодательства Франции, Греции и Испании от уголовных кодексов.

Ни в одной из стран «устоявшейся демократии» нет единого нормативного акта, в котором объединяются составы административных деликтов. Хотя большинство государств имеют законы смешанного характера, в которых объединяют общие материальные положения (об административных нарушениях, субъектах ответственности, взыскание и т.п.), и процедурные положения о порядке применения административных взысканий. Такие законы присущи для Германии¹⁴³, Швейцарии¹⁴⁴, Австрии¹⁴⁵, Италии¹⁴⁶ и Португалии¹⁴⁷. Особенность испанского закона¹⁴⁸ заключается в том, что в процедурном по названию и содержанию законе содержатся общие положения об административных нарушениях. Право Нидерландов характеризуется тем, что закон о нарушении правил дорожного движения¹⁴⁹ стал примером для следующих законов, в которых системно излагаются нарушения в соответствующих сферах.

В Бельгии, Франции и Дании отсутствуют отдельные законы, которые определяют общие положения административно-деликтного права. Бельгийское и французское административно-деликтное право формируется вследствие деятельности Государственного Совета, а датское право не нуждается в соответствующих законах, поскольку Уголовный закон применяется ко всем видам нарушений.

Итак, для всех стран присуща чрезвычайная расчленённость административно-деликтного законодательства. В Германии, например, речь идет о положениях около тысячи Федеральных законов, которые содержат составы нарушений порядка. Это количество не учитывает существования в каждой Федеральной Земле своего законодательства.

Прямое требование о необходимости определения административных деликтов только в нормах законов существует в праве Швейцарии, Италии, Греции, Испании и Португалии. В других государствах составы административных деликтов и взыскание за них устанавливаются как в законах, так и подзаконных актах.

Во всех европейских государствах юридические лица наравне с физическими могут быть субъектами ответственности за административные деликты. Только в Австрийской и Итальянской республиках субъектами совершения деликтов выступают лишь физические

¹⁴³ Закон ФРГ «О нарушениях порядка» (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) от 1968 года.

¹⁴⁴ Федеральный Закон «О праве административных наказаний» (*Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*) от 1971 года.

¹⁴⁵ Закон Австрийской республики «Об административных наказаниях» (*Verwaltungsstrafgesetz*) от 1991 года.

¹⁴⁶ Закон Итальянской республики «О изменении уголовной системы» (*Legge «Modifiche al sistema penale»*) от 1981 года № 689.

¹⁴⁷ Декрет-Закон Португальской республики № 433/82 от 1982 года.

¹⁴⁸ Закон Королевства Испания «О правовом режиме публичной администрации и общего административного проведения» от 1992 года.

¹⁴⁹ Закон Королевства Нидерланды «Об административно-правовом наказании за нарушение предписаний относительно дорожного движения» от 1989 года.

лица, а на юридических лиц налагается обязанность нести ответственность в виде уплаты штрафа. Нужно отметить, что юридические лица в западно-европейских странах также являются субъектами уголовной ответственности. Признание юридических лиц субъектами ответственности возможно вследствие особенностей определения в соответствующих законах субъективной стороны административных нарушений. Она характеризуется существованием преимущественно объективной концепции вины, согласно которой не нужно устанавливать умысел или неосторожность в деяниях нарушителя. Даже существование разных форм вины в административно-деликтном праве отдельных стран (Дания, Швейцария, Португалия) не должно вызвать удивления учитывая принадлежность этого законодательства к сфере уголовного права, для которого присуще существование умысла или неосторожности как характеристики субъективной стороны деяний. Достаточно лишь констатировать факт нарушения положений закона лицом (физическим или юридическим) и наличие вины в этом случае презюмируется. Такой механизм позволяет признать нарушителем юридическое лицо, которое, например, приняло определенное решение вопреки требованиям закона и т.п.

Вид взыскания – это один из основных критериев для разграничения сферы уголовного и административно-деликтного права. Историческое развитие законодательства в Западной Европе состояло в выделении из уголовного права тех противоправных деяний, за которые могли назначаться денежные штрафы. И до этого времени главным взысканием в административно-деликтном законодательстве всех европейских государств является штраф. С целью выделения административных штрафов и уголовных штрафов зарубежный законодатель, как правило, именуется эти виды правовых следствий разными терминами («штраф», «денежный штраф», «административный штраф» для административного взыскания и «денежное наказание» - для уголовной санкции).

Кроме штрафа, законодательство всех европейских государств «устоявшейся демократии» предусматривает иные взыскания. Только в Австрии и Швейцарии речь идет о возможности краткосрочного лишения свободы за совершение административного деликта. Франция отказалась от таких мер в послевоенное время. Дополнительными взысканиями в определенных странах являются лишения прав разного характера (осуществлять предпринимательскую деятельность, руководить транспортным средством, изъятие предметов, получать финансовую помощь от государства и т.п.). В отдельных правовых системах (Германии, Португалии) существует институт дополнительных мер, которые могут применяться независимо от применения санкций за нарушение. Среди таких мер выделяется конфискация или арест имущества, которое было использовано для совершения нарушения или получено вследствие его совершения.

Материальное административно-деликтное законодательство стран Восточной Европы

Материальное административно-деликтное законодательство государств «молодой демократии» имеет переходной характер. Существенные изменения в этой области в большинстве стран состоялись в 1990-х годах посредством принятия новых законов об административных деликтах (Чехия¹⁵⁰ и Словакия¹⁵¹) или содержательные изменения действующих до сих пор законов и кодексов (Литва¹⁵², Латвия¹⁵³, Польша¹⁵⁴, Болгария¹⁵⁵). Другие страны, в частности бывшие югославские республики (Словения¹⁵⁶, Хорватия¹⁵⁷,

¹⁵⁰ Закон Чешской республики «О проступках» (Zákon o přestupcích) от 1990 года.

¹⁵¹ Закон Словацкой республики «О проступках» (Zákon o priestupkoch) от 1990 года.

¹⁵² Кодекс об административных правовых нарушениях Литовской республики (Lietuvos Respublikos administracinių teisės pažeidimų kodeksas) от 1984 года

¹⁵³ Кодекс об административных нарушениях Латвийской республики (Latvijas Administratīvo pārkāpumu kodekss) от 1984 года.

¹⁵⁴ Кодекс о нарушениях (Kodeks wykroczeń), Кодекс о производстве в делах о нарушениях (Kodeks postępowania w sprawach o wykroczeniach) от 1971 года.

¹⁵⁵ Закон Республики Болгария «Об административных нарушениях и наказаниях» (Закон за административните нарушения и наказания) від 1969 року.

¹⁵⁶ Закон Республики Словения «О проступках» (Zakon o prekrških) от 2002 года.

Сербия¹⁵⁸), начали подготовку и принятие новых законов в 2000-х годах. В отдельных государствах (Литве, Латвии, Болгарии) сейчас ведется активная работа по подготовке концепций новых административно-деликтных законов, а то и самих законов.

В отдельных государствах законодательство об административных деликтах является частью уголовного законодательства (Эстония, Болгария, Словения, Сербия, Хорватия). Необычной в этой цепочке была реформа в Эстонской Республике, которая заключалась в преобразовании административных деликтов в уголовные проступки как часть Уголовного кодекса. Поскольку в других государствах с широким уголовным правом нынешняя ситуация является исторически обусловленной и сложившейся - в Болгарии с 1960-х годов, а в балканских странах - со времен существования единой Югославской Республики. Характерным для этих стран есть наличие одного рода противоправных деяний (наказуемых) в общем уголовном праве, и еще одного рода действий (проступков), в особом проступочном праве. А в самой системе законодательства о проступках мы имеем возможность выделить отдельную подсистему административных деликтов. При чем формально эту совокупность деликтов в зарубежном законодательстве не выделяют. Одним из определяющих критериев для такого выделения выступает процедура привлечения к ответственности за совершение проступков - судебная или административная.

В других государствах «молодой демократии» (Литва, Латвия, Польша, Чехия, Словакия) законодательство об административных проступках почти полностью отделено от уголовного права. Такое состояние в балтийских странах предопределяется существованием старых кодексов об административных деликтах, которые регулируют отличные от уголовного права деяния. Законодатель Польши, вместе с тем, сознательно начал создание законодательства об административных деликтах отдельного от уголовного законодательства. Хотя определенные положения Уголовного кодекса Республики Польша по аналогии применяются к административным деликтам. Чехия и Словакия восприняли такой подход к систематизации противоправных действий, учитывая исторический опыт Республики Чехословакия. В указанных государствах, за исключением Чешской республики, присутствует такая система наказуемых действий: двучленная - в Литве, Латвии и Словакии, трёхчленная - в Польше.

Не считаясь с разным характером законодательства об административных проступках (его отдаленность или принадлежность к уголовному законодательству), оно отличается своей чрезвычайной рассредоточенностью. Только Литва и Латвия, которые до сих пор сохраняют у себя советские кодексы об административных деликтах, характеризуются наличием значительного количества проступков в одном законодательном акте. В одобренной Концепции закона об административных взысканиях Литовской Республики также речь идет о целесообразности объединения в одном кодифицированном акте составов административных проступков. В других странах, хотя и присутствуют отдельные законы о проступках, но они регулируют общие положения о понятии проступков, видах санкций, субъектах совершения проступков. Характерной для большинства стран является возможность установления составов проступков и взысканий только в нормах законов, но и в актах правительства и органов местного самоуправления.

Во всех государствах юридические лица признаются субъектами ответственности за административные деликты наравне с физическими лицами. Но в большинстве стран (кроме, Эстонии и Польши) к ответственности могут привлекаться как юридические лица, так и их должностные лица. Особыми субъектами ответственности выступают несовершеннолетние лица. К ним довольно часто применяются другие воспитательные меры на замену административным взысканиям (проступочным санкциям и т.п.).

Только Польша и Эстония восприняли в сфере административно-деликтного законодательства концепцию «объективной вины» субъектов ответственности, согласно которой действие считается содеянным виновно, если установлен факт его совершения. Другие страны и в дальнейшем оставляют в своем праве распределение форм вины при совершении

¹⁵⁷ Закон Республики Хорватия «О проступках» (*Zakon o prekršajima*) от 2002 года.

¹⁵⁸ Закон Республики Сербия «О проступках» (*Zakon o prekršajima*) от 2006 года.

административных деликтов на умышленную и неосторожную. Это объясняется тем, что в законодательстве одних (Словения, Хорватия, Сербия, Болгария) административные проступки являются разновидностью уголовно-наказуемых действий, в других (Чехия и Словакия) раньше были разновидностью уголовно-наказуемых действий, а в третьих (Литва, Латвия) - действующими остаются устаревшие административно-деликтные законы.

Система административных взысканий также в преобладающей своей части зависит от места административно-деликтного права в системе права каждой страны. Из государств с отделённым законодательством об административных деликтах, только в Польши административные взыскания являются чрезвычайно очищенными (есть только один вид взысканий - штраф) и не касаются ограничительных мер. Законодательство Чешской и Словацкой республики содержит значительный перечень ограничительных мер, которые имеют откровенно уголовно-правовой характер, таких как запрет деятельности, изъятие вещей и т.п. В балтийских государствах (Литва и Латвия) в наследство осталась почти неизменная система взысканий, которая включает в себя такие уголовно-правовые по содержанию санкции, как краткосрочное лишение свободы, запрет деятельности, публичные работы и т.п., и объединение полномочий судов и административных органов по применению взысканий.

В государствах административно-уголовного деликтного права административные взыскания являются частью санкций за проступки. Поэтому, только с научной точки зрения, путем различения судебной и административной юрисдикции по наложению взысканий возможно разграничение административных взысканий и взысканий за проступки, как разновидностей уголовно-наказуемых деяний.

Правовые последствия за совершение административных деликтов в подавляющем большинстве стран не ограничиваются только взысканиями, но включают в себя дополнительные меры безопасности, предупреждения или воспитания. В некоторых странах (Литва, Латвия, частично Болгария) эти дополнительные меры входят в институт взыскания.

Процедурное административно-деликтное законодательство стран Западной Европы

Процедурное административно-деликтное законодательство западно-европейских государств неоднородно в вопросе правовой природы, степени систематизации, объема полномочий административных органов. Но процедура применения административных взысканий для всех государств стала единым основанием для обособления права административных деликтов от уголовного права. Если мы говорим об административных нарушениях и административных санкциях, то для правового поля европейских государств «устоявшейся демократии» это означает деятельность административных органов по привлечению лиц к ответственности в административном (внесудебном) порядке. Судебные органы осуществляют только правосудие и в этой сфере они уполномочены только на предоставление разрешения относительно применения мер процессуального принуждения и пересмотр решений органов публичной администрации относительно назначения взысканий.

Несмотря на отличия во внесудебной процедуре применения взысканий (административная или уголовная), подавляющее большинство государств стараются системно урегулировать ее на законодательном уровне. Речь идёт прежде всего о Германии, Австрии, Швейцарии, Нидерландах, Италии, Испании и Португалии, в которых внедрены отдельные законы с урегулированной процедурой. Во Франции, Бельгии и Греции основы процедуры были сформированные и продолжают строиться на базе практики административных трибуналов и Государственных Советов этих стран. Датское право не выделяет отдельного административно-деликтного производства и предусматривает определённые юрисдикционные полномочия административных органов только в пределах общего криминального процесса.

Правовая природа материального административного деликтного права (отделённость или принадлежность к широкому уголовному праву) влияет и на регулирование производства. В

государствах с отделённым административно-деликтным правом (Австрия, Нидерланды, Испания) производство по применению санкций производно от общей административной процедуры и на него распространяются положения административно-процедурных законов. В Королевстве Испания в одном законодательном акте объединено регулирование общего и деликтного производства. Практика Государственных Советов Франции, Бельгии и Греции является также общей для сферы общего административного производства и деликтного производства.

Страны с административным деликтным правом уголовно-правового характера (Германия, Швейцария, Италия, Португалия) характеризуются распространением уголовно-процессуальных нормативных актов на процедуру применения административных взысканий.

В системах отдельной административно-деликтной процедуры полномочия административных органов относительно применения мер принуждения к лицам являются более ограниченными по сравнению с полномочиями органов в системах административного производства уголовно-правового характера. Ведь к большому количеству процедурных действий применяются по аналогии правила уголовно-процессуальных кодексов. На применения мер принуждения, касающихся значительных ограничений личных прав и свобод лиц, обязательным в обеих системах является получение предварительного разрешения суда. Общими для административных органов европейских стран есть возможности задерживать лиц, которых застали на месте совершения правонарушения, подвергать допросу лиц, проводить экспертизы, осматривать места совершения противоправных действий. Но характерной для западно-европейского административного законодательства является обязательная привязка применяемых мер принуждения к фактам совершения нарушений. Т.е., применение мер административного принуждения вне административно-деликтной процедуры является минимальным¹⁵⁹.

Во всех странах обеспечиваются права лица, которое привлекается к ответственности за совершение нарушений. Во время производства гарантируется реализация таких прав: быть сообщенным о сути обвинения, применённых относительно него или его имущества мер, дате рассмотрения дела органом; получать правовую помощь защитника; собирать доказательства и подавать их для рассмотрения соответствующему органу; высказываться по поводу обвинения; подавать жалобу на решение административного органа, за исключением сокращённых производств.

Общим правилом для государств является возможность проведения сокращённой процедуры (в случае признания лицом своей вины в совершении нарушения и согласия на уплату взыскания) и только в сложных случаях есть необходимость проведения административными органами полного производства с совершением большого перечня процедурных действий, а при необходимости - и проведения устного слушания. Для нарушителя довольно часто упрощённое производство означает возможность уплаты минимального размера санкции, но, вместе с тем, лишает права в дальнейшем подавать жалобу на результаты сокращённого (упрощённого) производства в суд или вышестоящий административный орган. В Португальской республике предусмотрено два, а в Австрийской республике, даже, три разновидности сокращённого производства.

Административно-деликтная процедура, особенно сокращённая её форма, преимущественно лишена формализации. Это проявляется в регулировании начала и дальнейшего движения проведения. Так, во всех странах производство считается открытым не со времени принятия органом формального решения (постановления и т.п.), а в момент получения информации или самостоятельной фиксации признаков административного нарушения. В ряде стран лицо признаётся обвиняемым, как только административный орган совершает относительно него или его имущества любые меры.

¹⁵⁹ Заросило В.О. Сравнительный анализ административной деятельности милиции Украины и полиции зарубежных стран (Великобритания, США, Канады и Франции): Автореф. дис ...канд. юрид. наук: 12.00.07 / Национальная академия внутренних дел Украины. - К., 2002. - С. 15. (на украин. языке).

Законодательство государств гарантирует право лиц и определяет механизмы обжалования решений административных органов о применении административных санкций. Способы обжалования зависят от правового содержания процедуры. В странах с деликтным производством уголовно-правового характера допускается только судебное обжалование решений. А в системе отделенного процедурного административно-деликтного права предполагается административное и судебное обжалования в административный суд или трибунал.

Процедурное административно-деликтное законодательство стран Восточной Европы

Правовая природа и содержание процедурного административно-деликтного законодательства в восточно-европейских государствах «молодой демократии» зависят от соотношения материального уголовного и административно-деликтного права. В правовых системах государств с относительно отделённым правом об административных деликтах (Польша, Чехия и Словакия) производство осуществляется по общим правилам административно-процедурных законов. Только в Чехии и Словакии закон о проступках устанавливает особенности производства в делах о проступках в сравнении с Законом об административном производстве. А польское законодательство не знает особенностей регулирования процедуры применения административных взысканий и оно целиком определяется Кодексом об административном производстве. Другие страны с отдельным административно-деликтным правом (Литва, Латвия) не распространили действие своих административно-процессуальных законов на административно-деликтную процедуру. Это предопределяется существованием старых Кодексов об административных нарушениях.

В государствах с широким уголовным правом, которое включает в себя право о проступках (Эстония, Болгария, Словения, Сербия, Хорватия), на производство распространяются положения общих законов (кодексов) об уголовной процедуре. Законы о проступках этих стран только определяют особенности производства относительно наложения санкций. Этим объясняется роль суда в производстве и полномочия административных органов по расследованию нарушений. Участие суда в производстве по проступкам является аналогичным роли суда в уголовной (криминальной) процедуре. Он решает дело по сути и предоставляет разрешения административным органам на ограничение прав и свобод лиц с целью проведения эффективного расследования. Литва и Латвия также до этого времени оставляют у судов полномочия по рассмотрению дел об административных нарушениях. Но подготовленная в Латвии Концепция законопроекта об административных взысканиях говорит о необходимости лишения суда полномочий по рассмотрению таких дел, поскольку это противоречит природе административных деликтов и ответственности за них. В Хорватии и Сербии создана отдельная система судов для рассмотрения дел о проступках - проступочные суды. Там существуют проступочные суды первой инстанции и Высший проступочный суд. Они созданы вместе с системой уголовных судов. А в Болгарии, Словении и Эстонии дела о проступках (нарушениях) рассматривают суды, которые имеют право осуществлять уголовное производство.

В государствах с широким уголовным правом полномочия административных органов применять санкции за проступки может рассматриваться как получение ими определённого законодательного разрешения вместе с судебными органами наказывать нарушителей в административном порядке, но с использованием инструментов уголовной процедуры. В этом случае, администрация имеет право накладывать санкции только в виде денежных штрафов и предупреждений. Применение других санкций за совершение проступков (нарушений) является исключительной прерогативой судов. Лишь в Республике Хорватия государственные обвинители (прокуроры) имеют право применять в административном порядке, кроме денежных наказаний, меры безопасности в виде лишения физического лица званий, права занимать должность или осуществлять деятельность, лишение юридического лица права осуществлять деятельность, выдворение иностранца из государства, изъятие предметов, лишение права управления транспортным средством и т.п..

Административные органы Чехии и Словакии (государства отделённого административно-деликтного права) применяют такие административные взыскания: предупреждение, штраф, запрет деятельности и конфискация имущества. Они имеют право также применить меры воздействия в виде ограничительных мероприятий и изъятия предметов.

Соблюдению принципа неотвратимости ответственности содействуют установленные в законах продолжительные сроки давности преследования (один год с момента совершения нарушения - в Чехии, Словакии, Хорватии, Сербии, Болгарии, и два года - в Словении и Эстонии). Для отдельных видов проступков определяются и длительные сроки давности - три, пять лет. Только в Латвийском Кодексе об административных нарушениях предусмотрен четырёхгодичный срок давности.

В законодательстве большинства стран (Польша, Чехия, Словакия, Словения, Хорватия, Сербия, Эстония) начало производства является неформализованным и оно считается открытым с момента получения административным органом заявления о факте совершения нарушения или его выявления во время своей деятельности. В государствах со старыми административно-деликтными нормативными актами (Болгария, Латвия, Литва) остается формализованная процедура начала производства. Здесь производство признаётся неоткрытым, если отсутствует формальный (официальный) документ о начале производства, наподобие протокола об административном нарушении или проступке.

Положения законодательства большинства государств предоставляют право административным органам осуществлять производство нескольких видов: общее - с проведением устного слушания (характерно для всех государств, кроме Словении); общего - без проведения устного слушания (Словения, Хорватия); ускоренного (приказного) - проводится на месте совершения нарушения и завершается изданием приказа с обязательством уплатить штраф на протяжении установленного срока (характерно для всех государств, кроме Польши, Литвы, Латвии); на месте совершения проступка - завершается изданием справки об уплаченном штрафе (характерно для всех государств). В отличие от справки, приказ может быть обжалован заинтересованными лицами.

Деятельность административных органов в системе отделённого административно-деликтного права Польши, Чехии и Словакии характеризуется отсутствием широкого перечня мер принуждения, которые они имеют право проводить. Общими признаются действия относительно осмотров предметов и мест, опрашиваний лиц. В законе Чешской и Словацкой Республики предусмотрено право изъятия предмета по специальной процедуре. Такие ограниченные полномочия являются оправданными с точки зрения «очищенного» материального административно-деликтного права. Поскольку для наложения штрафа за определённое нарушение не следует предусматривать право представителя административного органа осуществлять задержание этого лица, доставления его в полицию, принудительный осмотр помещений, принудительное установление состояния опьянения и т.п. Если для установления обстоятельств деяния гипотетически нужно применять указанные выше принуждения, то такие действия должны быть перенесены в сферу уголовного права, а такие процедурные действия следует признать составляющей уголовного процесса. Только в литовском и латвийском законодательстве почти неизменным с советских времен остался перечень принудительных действий, которые совершаются административными органами. Изменениям были подвергнуты, в частности, сроки задержания лица.

Административные органы государств с широким уголовным правом используют более широкий перечень мер принуждения. Большинство из этих мероприятий могут проводиться только по предварительному решению суда, аналогично уголовной процедуре. Без разрешения суда могут осуществляться опрашивание свидетелей, проведение экспертизы, осмотр публичных мест, задержание лиц под влиянием средств опьянения и лиц, которых застали на месте совершения проступка. Исключением из этого правила являются полномочия управленческих органов в Хорватии, которые вправе проводить около пятнадцати мер принуждения без решения суда (вызов, привод, выяснение адреса местожительства обвиняемого или свидетеля, поиск обвиняемого, мероприятия ограничения, поручительство обвиняемого, задержание лица и т.п.).

Решение о применении административных взысканий, в том числе приказы о денежных штрафах, подлежат обжалованию в системах права всех государств «молодой демократии». Но порядок и способы обжалования зависят от правовой природы производства относительно нарушений. В государствах обособленного административно-деликтного права обжалование происходит в административные суды. При чем в Польше, Чехии и Словакии обязательной является стадия административного апелляционного обжалования, в Литве судебное и административное обжалование являются альтернативами, а в Латвии - предусмотрено только обжалование в административный суд. И вдобавок в Литве и Латвии внедрены обжалования в административный суд решений судов, принятых по первой инстанции в делах об административных нарушениях.

В государствах с широким уголовным правом (Словения, Хорватия, Сербия, Эстония,) решение административных органов в делах о проступках обжалуются только в суд (проступочный суд или суд, который рассматривает уголовные дела).

Требования Европейского Суда по правам человека и стандарты Совета Европы к процедурам применения административных взысканий

Особенность Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод 1950 года как международного акта состоит в том, что ее подписание странами-членами Совета Европы повлекло за собой создание эффективной системы защиты прав лица на европейском континенте, которую международное право к тому времени не знало. Положение Конвенции и протоколов к ней не только гарантируют права и свободы лиц, но и создают механизмы защиты нарушенных прав со стороны государства. Это вытекает из статьи 19 Конвенции, на основании которой был создан Европейский Суд по правам человека «для обеспечения соблюдения Высокими Договорами Сторонами их обязательств по Конвенции и протоколам к ней».

Рекомендация Rec(2004)5 Комитета министров государствам-членам относительно проверки законопроектов, существующих законов и административной практики на соответствие стандартам, изложенным в Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 12 мая 2004 года недвусмысленно предусматривает необходимость проверки законов и административной практики после принятия нового решения Европейским Судом в деле против другого государства-члена Совета Европы¹⁶⁰. Ведь «*постановляя закон, который успешно прошел проверку на соответствие Конвенции, государство уменьшает риск того, что в этом законе заложено нарушения Конвенции и что Европейский Суд выявит такое нарушение*»¹⁶¹.

Итак, вместе с положениями Конвенции и решениями Европейского Суда по тем или иным вопросам применения статей Конвенции важным является также обращение к рекомендациям Комитета министров Совета Европы.

Отдельные аспекты соблюдения прав человека в связи с совершением административных проступков нужно исследовать в контексте требований статьи 6 Конвенции к процедуре осуществления судопроизводства. Она распространяет свое действие лишь на порядок судебного разбирательства дел о гражданских правах и обязанностях и дел о криминальном обвинении, которое предопределяет необходимость определения содержания понятия

¹⁶⁰ Пункт 25 Дополнения к Рекомендации Rec(2004)5 Комитета министров государствам-членам относительно проверки законопроектов, существующих законов и административной практики на соответствие стандартам, изложенным в Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод от 12 мая 2004 года (*§ 25 Appendix to Recommendation Rec(2004)5 of the Committee of Ministers to member states on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights, 12 May 2004, web: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743297&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>*).

¹⁶¹ Там же (пункт 5).

“дело о криминальном обвинении” и его отличий от дел об административных нарушениях. Европейский Суд много раз констатировал, что понятие “криминальное обвинение”, которое используется в статье 6 Конвенции, имеет автономный характер и его необходимо понимать лишь исходя из положений Конвенции¹⁶². Подобное предостережение означает, что выведение в законодательстве стран-участниц из-под юрисдикции криминальных судов определённых видов правонарушений и отнесение их к юрисдикции других органов, которая может означать признание национальным законодателем таких проступков административными, для Европейского Суда не будет иметь значения. Определение сути правонарушения осуществляется Европейским Судом, исходя из таких критериев для идентификации того или иного дела как дела о криминальном обвинении:

- 1) отнесение правонарушения к криминальному праву в правовой системе государства;
- 2) правовая природа нарушения;
- 3) характер и степень суровости наказания, которое может понести правонарушитель¹⁶³.

Вместе с тем, определяющую роль в процессе идентификации правонарушения имеют два последних критерия – природа правонарушения и наказание за него. Преимущество этих критериев для определения сути правонарушения, а не признака принадлежности определенного правонарушения к криминальному праву в национальной правовой системе государства, может быть проиллюстрировано такими соображениями Европейского Суда: *“Если Договорные Государства могли бы на своё усмотрение классифицировать правонарушение как дисциплинарное вместо криминального или преследовать исполнителя “смешанного” правонарушения по дисциплинарному, а не по криминальному производству, действие основных положений статей 6 и 7¹⁶⁴ (Конвенции – уточнение авт.) были бы подчинены их суверенной воле. Такое расширенное полномочие могло бы привести к результатам, несовместимым с целями и задачами Конвенции”¹⁶⁵.*

Если признак принадлежности определенного нарушения к уголовно-правовой сфере уязвимый, а его содержание может изменяться в зависимости от воли государства, то для Европейского Суда становится важным установить природу правонарушения. Так, криминальные правонарушения, в отличие от других нарушений, имеют общественно-опасный характер и могут быть содеяны любыми лицами. Отличаются от криминальных нарушений дисциплинарные проступки, которые могут совершаться лишь отдельной группой лиц, которые выполняют те или иные специфические функции (государственные служащие, военнослужащим и т.п.).

Пример дорожно-транспортных правонарушений показывает, что по определенным выше признаками они также должны признаваться криминальными нарушениями, поскольку могут совершаться любыми лицами, а за совершение отдельных проступков предполагаются суровые наказания. Но Европейский Суд установил, что привлечение к ответственности нарушителей правил дорожного движения производится в административном порядке, т.е.

¹⁶² См. § 42 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Девир против Бельгии” от 27 февраля 1980 года // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 308; web: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461476/2461476.htm> (§ 42 of Judgment of the European Court of Human Rights: Deweer v. Belgium, 27 February 1980, Published in A 35).

¹⁶³ См. § 50 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Озтюрк против Германии” от 21 февраля 1984 (§ 50 of Judgment of the European Court of Human Rights: Öztürk v. Germany, 21 February 1984, Published in A 73); См. § 69-73 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Кемпбелл и Фелл против Соединённого Королевства” от 28 июня 1984 года // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 443-446; web: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461410/2461410.htm> (§ 69-73 of Judgment of the European Court of Human Rights: Campbell and Fell v. The United Kingdom, 28 June 1984, Published in A 80).

¹⁶⁴ Статья 7 Конвенции закрепляет принцип “нет наказания без закона”, в соответствии с которым никто не может быть признан виновным в совершении преступления, если это деяние не признано как преступление нормами национального или международного права.

¹⁶⁵ См. § 81 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Энгель и другие против Нидерландов” от 8 июня 1976 года // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 113-114; web: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461444/2461444.htm> (§ 81 of Judgment of the European Court of Human Rights: Engel and others v. The Netherlands, 8 June 1976, Published in A 22).

признание таких нарушений административными не будет противоречить требованиям Конвенции. *“Учитывая большое количество незначительных правонарушений – особенно правил дорожного движения, – характер которых не настолько опасен, чтобы накладывать на нарушителей криминальное наказание, Государства-участники имеют веские основания для введения такой системы, которая разгружает их суды от большинства подобных дел. Преследование и наказание за незначительные правонарушения в административном порядке не противоречит Конвенции при условии, что заинтересованные лица могут обжаловать принятое против них решение в суде, где действуют гарантии статьи 6 (Конвенции – уточнение авт.)”*¹⁶⁶.

Третьим признаком, который позволяет отличить криминальные правонарушения от других видов проступков, является вид наказания, которые могут быть применены к нарушителям. Исходя из видов наказания, однозначно криминальными правонарушениями признаются действия, которые предусматривают лишение свободы лица, которое совершило определенное нарушение. Европейский Суд в деле *Энгель и другие против Нидерландов* указал: *“В обществе, где действует принцип верховенства права, наказание в виде лишения свободы отнесены к “криминальной” сфере, за исключением тех, которые по своему характеру, продолжительностью или способа выполнения не могут считаться такими, что наносят большой вред. Серьезность того, что поставлено на карту, традиции государства и значение, которое предоставляется Конвенцией, уважению к физической свободе личности, — все это требует, чтобы именно так и было”*¹⁶⁷.

Лишение прав на управление транспортным средством также рассматривается Европейским Судом уголовно-правовой санкцией, поскольку *«право управлять автомобилем очень полезно в ежедневной жизни и для осуществления деятельности»*¹⁶⁸.

Для определения дел о криминальном обвинении указанные признаки могут применяться как альтернативные, т.е. наличие лишь одного из этих критериев будет свидетельствовать о правовом характере дела. Но в сложных делах для установления их содержания необходимо проанализировать эти признаки в совокупности¹⁶⁹. Например, в деле *Бенденун против Франции*¹⁷⁰ для установления сути дела Европейскому Суду пришлось применить так называемый кумулятивный способ анализа критериев, когда они брались в совокупности. Для того чтобы установить, идет ли в случае повышения размера налога, которую необходимо уплатить лицу, о деле криминального обвинения Европейским Судом было взято к вниманию то, что:

- 1) закон об уплате налога касается всех лиц, а не отдельной группы со специальным статусом;
- 2) повышение размера налога имеет целью наказание, которое предусматривает предотвращение совершения в будущем таких нарушений;
- 3) это повышение основано на норме, целью которой есть одновременно наказания и предотвращение совершения таких нарушений;

¹⁶⁶ См. § 57 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Лутц против Германии” от 25 августа 1987 года // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 544; web: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461415/2461415.htm> (§ 57 of Judgment of the European Court of Human Rights: Lutz v. Germany, 25 August 1987, Published in A123).

¹⁶⁷ См. § 81 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Энгель и другие против Нидерландов” от 8 июня 1976 года // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 114; web: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461444/2461444.htm> (§ 82 of Judgment of the European Court of Human Rights: Engel and others v. The Netherlands, 8 June 1976, Published in A 22).

¹⁶⁸ См. § 39 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Малиге против Франции” от 23 сентября 1998 года (§ 38 of Judgment of the European Court of Human Rights: Malige v. France, 23 September 1998, Published in Reports 1998-VII).

¹⁶⁹ См. § 51 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Кадубец против Словакии” от 2 сентября 1998 года (§ 51 of Judgment of the European Court of Human Rights: Kadubec v. Slovakia, 2 September 1998, Published in Reports 1998-VI).

¹⁷⁰ См. § 47 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Бенденун против Франции” от 24 февраля 1994 года (§ 47 of Judgment of the European Court of Human Rights: Bendenoun v. France, 24 February 1994, Published in A 284).

4) неуплата повышенного размера налога имеет следствием лишения свободы, которое применяется в случае неуплаты имущественных взысканий.

Проанализировав эти обстоятельства, Европейский Суд установил, что в этом деле речь шла о криминальном правонарушении.

Используя критерий суровости наказания за совершение нарушения Европейский Суд определил, что административное правонарушение, санкция за совершение которого в Кодексе Украины об административных правонарушениях предусматривает административный арест, признается криминальными правонарушениями в понимании Конвенции¹⁷¹.

Признание дел делами о криминальном обвинении автоматически требует соблюдения процедурных гарантий, определённых статьёй 6 Конвенции. Среди основных гарантий, которые должны быть обеспечены в процедуре криминального обвинения, следует назвать права обвиняемого на:

- независимость и беспристрастность суда, в том числе на отвод предубежденного судьи;
- публичность судебного разбирательства;
- разумный срок судебного разбирательства;
- равенство сторон и состязательность, в том числе «*подвергать допросу свидетелей обвинения или требовать их допроса, а также требовать вызова и допроса свидетелей защиты на тех же условиях, что и свидетелей обвинения*» (пункт d части 3 статье 6 Конвенции);
- правовую помощь, в том числе на бесплатную правовую помощь;
- помощь переводчика;
- обжалование судебного решения.

О перечне принципов наложения административных взысканий мы можем узнать из положений Рекомендации № R (91) 1 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно административных санкций 1991 года¹⁷². Прежде всего, положения рекомендации предусматривают, что под административной санкцией понимается административный акт, т.е. принятое именно административным органом (в том числе государственным или частным предприятием в пределах осуществления переданных им властных полномочий) решение о наложении на лицо в связи с ее неправомерным поведением штрафа или другой меры денежного или не денежного характера. Не охватываются соответствующим понятием административной санкции такие меры:

- разные виды влияния на лицо во время выполнения криминального наказания;
- дисциплинарные взыскания и другие меры, которые употребляются административным органом относительно его сотрудников в связи с их поведением;
- отказ выдать или продолжить разрешение, которое основывается на отсутствии правоспособности у лица со ссылкой на действующие нормы права;
- лишение или аннулирование разрешения, направленные на защиту окружающей среды, здравоохранение и т.п. перед следующими действиями соответствующего лица.

Субъектами ответственности предлагается признавать как физических, так и юридических лиц.

Положение этой Рекомендации предусматривают восемь принципов, которым должен отвечать сфера применения административных взысканий:

¹⁷¹ См. Решение Европейского Суда по правам человека по делу «Гурепка против Украины» от 6 сентября 2005 года (*Judgment of the European Court of Human Rights: Gurepka v. Ukraine, 6 September 2005, web: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Gurepka&sessionid=4533176&skin=hudoc-en>*).

¹⁷² Рекомендация № R (91) 1 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно административных санкций от 13 февраля 1991 года // *Recommandation N° R (91) 1 du Comité des Ministres aux Etats Membres relative aux sanctions administratives, 13 février 1991, web: [http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/droit_et_justice_administratifs/textes_&documents/Conv_Rec_Res/Rec%20R\(91\)1.asp](http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/droit_et_justice_administratifs/textes_&documents/Conv_Rec_Res/Rec%20R(91)1.asp)*

1) *законность*, т.е. определение административных санкций и оснований их применения исключительно в законе. Этот принцип делает невозможным существование ситуации, когда административный орган одновременно устанавливает правила поведения, определяет ответственность за их нарушение и применяет соответствующие санкции. По мнению Совета Европы, законодатель по меньшей мере должен устанавливать шкалу денежных санкций, уполномочивать органы на их применение, а также определять случаи применения санкций, которые ограничивают права человека. Однако, это не является препятствием для установления санкций с помощью заключения соглашений между администрацией и лицом согласно с принципом договорной свободы сторон. Вместе с тем, Комитет министров Совета Европы подчеркнул полезность, с точки зрения обеспечения прав лиц, единых кодексов, которые устанавливают подведомственность, типы санкций и их максимальные размеры, принципы, за которыми может осуществляться их применение, порядок проведения, способы обжалования;

2) *необратимость действия во времени закона*, который устанавливает или усиливает административные санкции. Этот принцип вытекает из принципа законности и означает возможность применения к лицу административной санкции лишь за действие, которое признается противоправной на основании действующих правовых норм. Но это не лишает необходимости применить положение, которые вступили в силу после совершения определенного нарушения, но смягчают или отменяют ответственность лица;

3) «*никто не может дважды притягиваться к ответственности одного вида за одно действие*» является отображением общего принципа *ne bis in idem*. При этом авторы документа признают возможность нарушения одним деянием норм права, направленных на защиту нескольких общественных интересов, обеспечение которых находится в компетенции нескольких административных органов. В этом случае органы обязаны учитывать примененные прежде санкции в связи с этим деянием. Положения Рекомендации не дают ответа на обоснованность одновременного наложения уголовного наказания и административного взыскания за одно противоправное действие, поскольку эта проблема в дальнейшем станет предметом решения другого акта;

4) *разумность сроков применения административных санкций* имеет целью обеспечить принцип юридической определенности в отношениях, соответственно которому лицо не должно находиться неоправданно длительное время в положении «субъекта, который притягивается к ответственности». Составляющими разумной продолжительности административного производства является обязанность органа совершать все процедурные действия быстро и принимать решение в деле в разумные сроки. Эти сроки применения административных взысканий не должны быть длиннее сроков уголовного процесса;

5) *обязанность истечения производства принятием окончательного решения*, которое есть также гарантией юридической определенности отношений. Ведь окончательное решение позволяет лицу обжаловать процедуру, ее прохождение или само решение. Принятое решение может быть о применении санкции, отказ в ее применении на основании недоказанности фактов, а также объявление об остановке производства;

6) *обеспечение права лица на защиту*, в том числе:

- знать о возможности применения административной санкции и о фактах, которые ей вменяются;
- иметь достаточно времени для подготовки своей защиты;
- получить информацию о характере доказательств, собранных против нее;
- иметь возможность высказаться перед объявлением решения о санкции;
- получить административный акт о применении санкций с приведенными мотивами, на которых он основывается.

В случаях, когда речь идет о делах относительно небольших денежных взысканий, разрешается не придерживаться этих гарантий при условии, если лицо не возражает ни против процедуры, ни против примененной санкции (например, при осуществлении запрещенной остановки автомобиля даже нет возможности получить согласия владельца автомобиля).

Однако, если лицо против применения относительно него санкции, следует обеспечивать предусмотренные гарантии;

7) *обязанность административного органа нести бремя доказывания* является составляющей презумпции невиновности и освобождает лицо от обязанности доказывать свою непричастность к совершению нарушения;

8) *административный акт о применении санкции может обжаловаться* к независимому и непредубежденному суду, созданному на основании закона. Такой пересмотр может предусматривать не только контроль за законностью, но и проверку сути дела.

Кроме этого, во время наложения административных взысканий должны соблюдаться общие принципы административной процедуры и права лиц во время ее осуществления, предусмотренные в Резолюции (77) 31 о защите прав лица относительно актов административных органов власти от 28 сентября 1977 года и Рекомендации № R (80) 2 относительно реализации административными органами власти дискреционных полномочий от 11 марта 1980 года¹⁷³.

Указанные выше гарантии могут стать критериями для объективной оценки соответствия процедур применения административных взысканий в национальных правовых системах требованиям европейских стандартов.

Сентябрь 2008 г.

¹⁷³ Переводы этих документов смотр.: Основы административного судопроизводства и административного права / Учеб. пособие / Под общ. редакцией Куйбиды Р.О., Шишкина В.И. – К.: Старый свит, 2006. – С. 427-451. (на украин. языке)

Аналитический доклад
**«Независимость судебной системы – основные принципы, вновь
рассмотренные с помощью международных документов и судебной практики
конституционных судов»¹⁷⁴**

Введение

В Декларации независимости, принятой в 1776 году, нарушения, связанные с независимостью судебной системы и доступностью судов, занимают видное место среди жалоб, которые вынудили 13 колоний отделиться от британской короны. Колонисты посчитали особенно отвратительным то, что король Георг «воспрепятствовал отправлению правосудия, отказавшись дать разрешение на принятие законов, устанавливающих полномочия судебной власти» и что «он сделал судей зависимыми только от его воли в течение всего срока их нахождения в должности и сумм и выплат их заработной платы». Кроме того, революционеры жаловались на «фиктивный суд», который давал убийцам возможность уйти от ответственности за тяжкие преступления, и на то, что «во многих случаях присяжные лишали их преимуществ судебного разбирательства».

Приблизительно в то же самое время революционеры во Франции были весьма недовольны и не доверяли своим судьям, которые оказались коррумпированными и, как видится, не имели значимых способностей для выполнения своих обязанностей. Недоверие к судебной системе - как минимум такое чувство лежало в основе – подвигло разработчиков конституции 1791 года не включать пересмотр судебных решений конституционным судом в новый режим: Конституционный совет (который очевидно не является судом) был порожден традиционным недоверием к судебной системе.¹⁷⁵

В мирные времена существования стран с укоренившимся конституционным демократическим строем несколько затруднительно представить себе, что люди были вынуждены восставать из-за злоупотребления судебной властью. Действительно независимость судебной системы – это принцип, который можно легко упустить из виду, если он соблюдается и уважается. В конце концов дело в беспрепятственном функционировании системы уголовного правосудия, надлежащем функционировании процессуальных гарантий, являющихся не бросающейся в глаза основой стабильной и процветающей экономики, в которой коррупция является скандальным исключением, а не нормой.

Что касается связи между независимостью судебной системы и стабильностью экономики, следует обратиться, с одной стороны, к многочисленным исследованиям, проведенным с этой целью Всемирным банком. Эти выводы были затем также переведены на язык Каирской декларации о независимости судебной системы, сформулированной на II Арабской

¹⁷⁴ Настоящий аналитический доклад подготовлен в рамках проекта Центра исследования правовой политики при поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе. Мнения и взгляды, содержащиеся в аналитическом докладе, могут не совпадать с позицией БДИПЧ ОБСЕ и отражают авторскую точку зрения.

¹⁷⁵ Дидье Мо, «Зарождение судебного пересмотра законодательных актов во Франции» в работе «Конституционное правосудие согласно старым конституциям», стр. 113-143 (под редакцией Эйвинда Смита, 1995 год) и Клер Жермейн, «Подходы к толкованию законодательных актов и история законодательства во Франции», 13 ГЕРЦОГ Дж Комп. энд ИНТЛ. 195 (2003).

конференции по проблемам правосудия в феврале 2003 года, где было повторено, что «независимая судебная системы – это основной принцип, на котором базируются гражданские свободы, права человека, всеобъемлющие процессы развития, реформы торгово-инвестиционных режимов, региональное и международное экономическое сотрудничество и развитие демократических институтов».

Что касается связи между коррупцией и независимостью судебной системы, следует заглянуть в Статью 11(1) Конвенции ООН против коррупции¹⁷⁶, в которой однозначно говорится, что «Принимая во внимание независимость судебной системы и ее критически важную роль в борьбе с коррупцией, каждая страна-участник в соответствии с фундаментальными принципами своей правовой системы и без ущерба для независимости судебной системы предпринимает меры для содействия неподкупности и исключения возможностей для коррупции среди работников судебной системы».

Существующая связь между уголовным правосудием и независимостью судебной системы в течение долгого времени признается в международном масштабе. Первый из «шести Бангалорских принципов поведения судей» (далее именуемых «Бангалорские принципы»)⁴, появившийся под эгидой Организации объединенных наций в 2001 году, гласит: «Независимость судебной ветви власти является предпосылкой для равенства всех перед законом и основополагающей гарантией справедливого судебного разбирательства. Таким образом судья отстаивает и служит примером независимости судебной ветви власти как в ее человеческом, так и в институциональном аспектах».

Статья 6 Европейской конвенции гласит, что «Все имеют право на справедливые и публичные слушания в обоснованные сроки независимым и беспристрастным органом правосудия, созданным в соответствии с законодательством». В своей судебной практике Европейский суд по правам человека (далее именуемый «ЕСПЧ») интерпретировал это положение с тем, чтобы включить целый ряд критериев, которые помогают в определении того, соответствует ли принимающий решения орган определению «независимый и беспристрастный» суд с целью применения процессуальных гарантий, содержащихся в Статье 6. Давно зарекомендовавшая себя и последовательная судебная практика ЕСПЧ, создающая четкую связь между справедливым судебным разбирательством и независимостью судебной ветви власти, является однозначным свидетельством глубинной связи между отдельными правами людей, вовлеченных или подвергающихся уголовному правосудию, с одной стороны, и системными требованиями независимости судебной ветви власти и беспристрастности с другой стороны.

В настоящем документе основное внимание будет уделено тем аспектам независимости судебной системы, которые были оговорены организаторами – такие как назначение на должность, выход на пенсию и отставка судей, дисциплинарные процедуры, статус и роль профессиональных объединений в отстаивании интересов судей и гарантии независимости судебной системы посредством эффективной организации и озвучивания интересов судебной ветви власти. При рассмотрении этих аспектов основное внимание в документе будет уделено в первую очередь и главным образом международным и региональным документам, посвященным сохранению независимости судебной ветви власти. Кроме того, акцент в документе будет сделан на отечественный опыт, главным образом с помощью решений конституционного и верховного судов. Считается, что эти международные документы – хотя многие из них однозначно не являются обязательными для исполнения – представляют собой новый достигнутый в мире консенсус о минимальном наборе определенных аспектов независимости судебной ветви власти. Состоится ознакомление с отечественной и международной судебной практикой с целью неформального обсуждения с приведением примеров из реальной жизни.

¹⁷⁶ Принята на Генеральной ассамблее Организации объединенных наций 31 октября 2003 года (Резолюция 58/4).

⁴ Бангалорский проект Кодекса поведения судей от 2001 года, принятый Группой судей по содействию неподкупности судей, пересмотренный на Заседании за круглым столом председателей Верховных судов, проведенном во Дворце мира в Гааге 25-26 ноября 2002 года.

В документе не делается попытка сделать всеобъемлющий научный обзор этих аспектов независимости судебной ветви власти. Скорее в нем сделана попытка разъяснить некоторые проблемы и выделить определенные могущие быть воплощенными на практике нормативные решения, которые могли бы давать информацию лицам и органам, ответственным за принятие решений, и регулирующим органам в будущем. Нижеследующие наблюдения приводятся в контексте независимости обычных судов, однако, считается, что они во многих отношениях могут применяться к конституционным судам и органам правосудия.

I – Предварительные замечания - объективная независимость и ее внешние проявления

Прежде чем начать детальное рассмотрение вышеуказанных вопросов крайне важно сделать несколько предварительных замечаний, которые послужат фоном и основой любого серьезного обсуждения независимости судебной ветви власти. В этом начальном разделе представлены некоторые предварительные замечания о вызывающих обеспокоенность моментах, касающихся разделения полномочий (в части I.1), и значимости *внешнего проявления* независимости (в части I.2) перед переходом к детальному рассмотрению конкретных тем, рассмотрение которых является целью настоящего документа.

I.1 – Моменты, касающиеся разделения полномочий

Среди ученых, занимающихся проблемами конституционного суда, бытует мнение, что гарантии разделения полномочий являются самыми главными гарантиями независимости судебной ветви власти в целом, а также независимости отдельных судей. Обеспокоенность по поводу разделения полномочий выходит за рамки обеспокоенности по поводу политического вмешательства в конкретные судебные решения или полномочий по возможному назначению и смещению с должности, осуществляемым политическими силами в отношении судебной ветви власти. Не стоит забывать, что законодатель регулирует структуру судебной ветви власти и процедуры, по которым работают суды, объемы и распределение судебных полномочий и квалификацию судей. Кроме того, законодательная ветвь власти держит бразды правления, тем самым контролируя не только заработную плату отдельных судей, но и бюджет судебной системы в целом.

В недавно принятом решении по делу «Сасилор Лормине против Франции»¹⁷⁷ ЕСПЧ напомнил, что хотя Конвенция не предусматривает конкретной теории разделения полномочий и не требует, чтобы страны-члены «соблюдали любые теоретические конституционные концепции, касающиеся допустимых пределов взаимодействия властей... понятие разделения полномочий между политическими органами государства и судебной ветвью власти приобретает растущую значимость в ее прецедентном праве». Эта растущая значимость этого понятия очевидно просматривается в таких делах в рамках Статьи 6, где ЕСПЧ приходится неоднократно напоминать правительствам стран-членов о важности невмешательства в работу судов, а также о важности не поддаваться соблазну создавать не обладающие независимостью квазисудебные органы для разрешения споров.

Признание окончательного характера судебных решений противоположными представителями политических ветвей власти – это еще один периодически вызывающий обеспокоенность момент. «Базовые принципы ООН о независимости судебной системы»⁶ гласят: «Не существует какого-либо неуместного или неоправданного вмешательства в судебный процесс, а судебные решения, принятые судами, не подлежат пересмотру. Этот принцип не наносит ущерба пересмотру судебных решений или смягчению или сокращению компетентными органами приговоров, вынесенных судебной властью, в соответствии с законодательством (Принцип 4)». Повторение этого фундаментального момента -

¹⁷⁷ Сасилор Лормине против Франции (*Заявление № 65411/01*), 9 ноября 2006 года.

⁶ Приняты на VII Конгрессе ООН по профилактике преступности и содержанию преступников, проведенном в Милане с 26 августа по 6 сентября 1985 года, и утверждены Резолюциями Генеральной ассамблеи 40/32 от 29 ноября 1985 года и 40/146 от 13 декабря 1985 года.

Рекомендация № (94) 12⁷¹⁷⁸ Комитета министров в Совете Европы оговаривает в пункте 2.a.iv, что «за исключением решений об амнистии, помиловании или о чем-то подобном, государство или власть не должны принимать какие-либо решения, которые задним числом отменяют судебные решения». Действительно следует принять во внимание, что в настоящее время в Великобритании и различных странах Содружества возможность пересмотра судебного решения помимо реализации исключительного права на помилование является достаточно актуальной темой.

Перечень вызывающих беспокойство моментов, связанных с разделением полномочий, мог бы включить в себя намного больше, чем вышеприведенные примеры, что вышло бы далеко за рамки настоящего документа. Цель настоящего раздела заключалась не в том, чтобы сделать всеобъемлющий обзор вызывающих беспокойство моментов, связанных с разделением полномочий, а в том, чтобы подчеркнуть, что такие вызывающие беспокойство моменты отвлекают внимание от какого-либо обсуждения независимости судебной системы вне зависимости от конкретных концепций, понимания и требований о «надлежащем разделении» внутри правовой системы.

1.2 – Важность внешнего проявления независимости

В своем эпохальном решении в деле Финдли против Великобритании¹⁷⁹ ЕСПЧ отметил, что суд напоминает, что для того, чтобы установить, может ли орган правосудия считаться «независимым», нужно обратить внимание, среди прочего, на способ назначения его членов и срок их пребывания в должности. Наличие гарантий от внешнего давления и вопрос *проявляет ли орган **внешние признаки независимости*** (параграф 73 с подчеркиванием)¹⁸⁰. Таким образом помимо существенных или материальных критериев независимости ЕСПЧ обеспокоен впечатлением, которое суды производят на аудиторию.

В высшей степени похожая обеспокоенность была озвучена Верховным судом Канады в долгосрочном решении, касающемся гарантии справедливого судебного разбирательства (s. 11(2)) в Хартии прав и свобод от 1982 года, решение по делу Валенте против королевы¹⁸¹ (решение, самые важные выводы которого были впоследствии повторены в «Справочнике местных судей»¹⁸²) в следующих выражениях:

Хотя независимость судебной системы – это статус или отношения, опирающиеся на объективные условия или гарантии, а также умственный настрой или установка при фактической реализации судебных функций, разумно... что испытание на независимость для целей, указанных в s. 11(d) Хартии должно заключаться в том (если говорить о беспристрастности), может ли судебный орган обоснованно восприниматься как независимый. И независимость и беспристрастность имеют фундаментальное значение не только для способности осуществлять правосудие в конкретном деле, но и для уверенности отдельных людей и общества в отправлении правосудия. Без такой уверенности система не может пользоваться уважением и одобрением, которые жизненно необходимы для ее эффективной работы. Таким образом важно, чтобы судебный орган воспринимался как независимый и беспристрастный и чтобы испытание на независимость предусматривало такое восприятие. Однако восприятие должно, как я предложила, быть восприятием того, пользуется ли судебный орган жизненно важными объективными условиями или гарантиями независимости

⁷ Рекомендация № R (94) 12 Комитета министров стран-членов по проблемам независимости, эффективности и роли судей, принятая Комитетом министров 13 октября 1994 года на 516-м Заседании заместителей министров.

⁸ Впоследствии повторенное помимо прочего в деле Моррис против Великобритании, Заявление № 38784/97, заключительное решение от 26 мая 2002 года, параграф 58.

¹⁸⁰ Сначала см также Финдли против Великобритании. Решение от 25 февраля 1997 года, Отчеты с решениями и постановлениями 1997-I, стр. 281, параграф 73.

¹⁸¹ Валенте против королевы, [1985] 2 S.C.R. 673 в параграфе 22.

¹⁸² Полное название решения – «О вознаграждении судей местного суда. О независимости и беспристрастности судей местного суда», [1997] 3 S.C.R. 3.

судебной системы, а не восприятием того, каким образом он по сути действует, независимо от того, пользуется ли он такими условиями или гарантиями. (с подчеркиванием)

К этому Верховный суд добавил следующее – в «Справочник местных судей» (в параграфах 9 и 10):

Независимость судебной системы ценится, потому что она служит важным социальным целям – это средство обеспечения этих целей. Одной из этих целей является сохранение веры общества в беспристрастность судебной системы, что жизненно важно для эффективности системы судов. Независимость способствует тому, что правосудие будет осуществляться в отдельных делах. Еще одна социальная цель, выполняемая независимостью судебной системы, – это сохранение равенства всех перед законом, одним из аспектов которого является конституционный принцип о том, что реализация всей власти общества должна в конечном итоге реализовываться в главенстве права. Именно имея в виду эти более широкие цели и задачи, следует понимать эти причины и решения по апелляциям.

Заметьте, что в Бангалорских принципах повторяется та же тема: важность создания и сохранения внешнего проявления независимости красной нитью проходит через эти принципы. В преамбуле признается, что «вера общества в судебную систему и в моральный авторитет и неподкупность судебной системы имеет первостепенное значение в современном демократическом обществе». Это подчеркивается во всех разделах текста.

1.3. Судья не только свободен от неуместных связей и влияния исполнительной и законодательной ветвей власти, но и должен также внешне выглядеть таковым для разумного наблюдателя.

1.6. Судья демонстрирует и продвигает высокие стандарты поведения судьи для того, чтобы укреплять веру общества в судебную систему, которая имеет фундаментальное значение для поддержания независимости судебной системы.

2.2. Судья обеспечивает, чтобы его или ее поведение как в зале суда, так и за его пределами сохраняло и повышало веру общества, профессионалов и участников процесса в беспристрастность судьи и судебной системы.

3.1. Судья поступает так, чтобы его или ее поведение было безупречным в глазах разумного наблюдателя.

3.2. Поведение судьи должно вновь подтверждать веру людей в неподкупность судебной системы. Правосудие должно не просто отправляться, а должно быть понятно, что оно отправляется.

4.1. Судья избегает нарушения приличий и внешнего проявления нарушения приличий во всей деятельности в должности судьи.

4.2. Будучи объектом постоянного внимания общественности, судья должен согласиться с личными ограничениями, которые могут показаться обременительными для обычного гражданина, и должен идти на это свободно и добровольно. В частности, судья ведет себя так, чтобы его поведение было достойно его должности.

Как видно из вышеуказанного краткого обзора и множества примеров, приводимых многочисленными сторонами, задействованными в проводимой дискуссии, по-видимому, все согласились, что помимо жесткой объективной гарантии независимости судебной системы есть однозначная необходимость в сохранении и продвижении общественного восприятия этой независимости в государстве. Суды, по-видимому, достаточно внимательно и даже реалистично относятся к взаимосвязи организационно-правовой независимости и способа, которым она воспринимается общественностью. Ответственность за культивирование этой независимости четко осознается исполнительной ветвью власти и самими судьями. Хотя ожидается, что исполнительная власть оставит судебную систему в покое и освободит ее от

ненадлежащего вмешательства, как минимум из Бангалорских принципов понятно, что судьи (хотя их решения, поведение и положение), как считается, вносят значительный вклад в создание или разрушение доверия со стороны общества – социальный фактор, от которого зависит надежность судебного органа (и в конечном итоге конституционного проекта). Бытует мнение, что принятие и реализация кодекса судейской этики может внести значительный вклад в стимулирование надлежащего поведения судей.

II – Квалификация и назначение судей

Заметьте, что согласно федеральному документу № 51 судебная система отличается от исполнительной ветви власти, поскольку ее работникам необходимо обладать уникальной квалификацией. По словам авторов документа «во-первых, потому что особенная квалификация, являющаяся жизненно необходимой для работников (судейского корпуса), в первую очередь во внимание должен приниматься тот способ отбора, который лучше всего обеспечивает эту квалификацию, во-вторых, потому что постоянное пребывание в должности, при котором происходят назначения на должность в этом корпусе, должно быстро разрушать весь смысл зависимости от органа, который их назначает». Именно это оправдывает сложный процесс назначения судей вместо всеобщих выборов, обычно используемый для исполнительной ветви власти.

Действительно весь смысл назначения судей вызывает вопросы, как только профессиональные критерии перестают быть самыми главными в процессе назначения. Проблемы с независимостью судебной ветви власти зачастую начинаются с назначением судей, при котором в двух политизированных процедурах назначения профессиональной квалификации приходится уступать политическим соображениям. Связь между квалификацией судей и процессом назначения четко установлен в «Базовых принципах ООН о независимости судебной системы», где говорится, что «лица, избираемые на должность судей, являются неподкупными и способными людьми с соответствующей юридической подготовкой или квалификацией. Любой способ отбора судей защищает от назначения судей по ненадлежащим мотивам» (Принцип 10). Обеспокоенность по поводу профессиональных критериев также повторяется в Рекомендации № R (94) 12 «Все решения, касающиеся профессиональной карьеры судей, должны базироваться на объективных критериях, а отбор и карьера судей должны базироваться на заслугах, относящихся к квалификации, неподкупности, способностях и эффективности».

Довольно эффективным способом обеспечения того, что профессиональная квалификация занимает главное место в процессе отбора, является прохождение кандидатов через конкурс, оцениваемый экспертами, способными игнорировать политические и моральные факторы в процессе принятия решения. Тут стоит отметить, что тот факт, что судьям приходится принимать ответственные решения, необязательно приводит к адекватному процессу отбора, поэтому исключение лиц со стороны из процесса принятия решения не является действительным решением этой проблемы. Без адекватных и четко определенных критериев отбора и надлежащим образом работающего процесса отбора любая правовая система сталкивается с угрозой того, что все закончится судебной системой, в рамках которой будут игнорироваться профессиональные критерии и будет преобладать отбор по другим мотивам.¹⁸³

Стоит указать *ab initio* (против своей воли), что страны с общим правом и гражданским правом сильно отличаются с точки зрения своих режимов назначения судей. В странах с гражданским правом судьи зачастую рассматриваются как карьерные работники юстиции, принимаемые для работы в течение всей жизни обычно сразу после юридического института. И, напротив, в большинстве стран с общим правом судейская карьера рассматривается как один из множества вариантов, имеющихся у юриста в течение всей карьеры, и вполне приемлемо

¹⁸³ Сравнительная оценка процессов назначения на должности в странах Европы представлена, например, в Мнении № 1 (2001), параграф 19 и последующие, Консультативного совета европейских судей.

становиться судьей после работы юристом или ученого-юриста в середине юридической карьеры, сразу после того, как человек приобретет репутацию уважаемого юриста.

Необходимость отражать гендерный баланс общества в рядах судейского корпуса все больше осознается в Европе.¹⁸⁴ Кроме того, важно отметить, что помимо профессиональной квалификации в нескольких странах, где наблюдается большое разнообразие национальностей, конфессий и языков, все большую значимость приобретает вопрос того, должен ли национальный, языковой и конфессиональный состав судебной системы зеркально отображать или совпадать с таковыми, наблюдаемыми в обществе. Этот вопрос является еще более актуальным в постконфликтных обществах, где враждебность между различными группами общества ведет к постоянному подавлению одной группы другой группой.

Заметьте, что в таком контексте было бы затруднительно продвигать такое многообразие исключительно из-за того, что менее вероятно, что люди из постоянно подавляемых групп закончат учебное заведение и таким образом получат юридическое образование. Тем не менее, в той степени, в которой судебная власть не способна надлежащим образом реагировать на претензии заявителей из непривилегированных слоев общества, судьи не смогут значимым образом способствовать защите фундаментальных прав человека и базовых принципов конституционализма. Заметьте, что вышеуказанные соображения призывают к позитивному разрешению разногласий и поэтому достигают намного больше, чем запрет на отражение дискриминации в Базовых принципах ООН о независимости судебной системы, где оговаривается, что «при выборе судей не допускается дискриминация лица по признаку расы, цвета кожи, пола, вероисповедания, политических или других убеждений, национальности или социального происхождения, имущества, рождения или статуса, за исключением требования о том, что претендент на должность судьи должен иметь гражданство соответствующей страны, что не считается дискриминацией. (Принцип 10)»

Безусловно, критерии отбора могут и чаще всего действительно отличаются друг от друга для судов низшей и высшей инстанции. В качестве тенденции можно отметить, что профессиональные организации судей склонны почти полностью контролировать назначения судей в суды низшей инстанции, тогда как исполнительная власть участвует в назначениях в суды высшей инстанции. Акцент на надлежащий баланс не является тривиальным. В Конституции США был установлен весьма политизированный механизм назначения членов Верховного суда, при котором кандидатура, предложенная президентом, должна утверждаться Сенатом (т.е. высшей палатой законодательного органа) (См пункт 2 Раздела 2 Статьи 2 Конституции США – Положение о назначениях). Утверждение в Сенате – это не формальность: даже действующему президенту Бушу пришлось отозвать одного из своих выдвиженцев на место в Верховном суде США и предложить более подходящего кандидата, который устроил Сенат.

На первый взгляд Конституция Индии, кажется, наделяет серьезными возможными полномочиями исполнительную власть на назначение судей в Верховный суд, оговаривая в Статье 217(1), что «Каждый судья Верховного суда назначается президентом под его личное гарантию и поручительство после консультаций с председателем Верховного суда, губернатором или штатом, и в случае назначения судьи не на должность председателя Верховного суда с председателем Верховного суда и [занимает должность в случае дополнительного или исполняющего обязанности судьи, как оговорено в Статье 224, и в любом другом случае, пока он не достигнет возраста (шестидесяти двух лет)]». В значимом, хотя и много критикуемом решении (Ассоциация зарегистрированных адвокатов Верховного суда против Индийского союза, AIR 1994 SC 268) Верховный суд Индии отменил свое предыдущее решение и постановил, что по существу дела – и особенно в случае разногласий между президентом и председателем Верховного суда – мнение председателя Верховного суда должно иметь решающее значение в консультациях. Верховный суд утверждал, что этот обязательный для исполнения совет был приемлемым, поскольку старшие судьи были лучше знакомы с профессиональными и личными качествами кандидатов и были также лучше

¹⁸⁴ Мнение № 1 (2001), параграф 31 и последующие, Консультативного совета европейских судей.

информированы о потребностях судебной системы, которые нужно было удовлетворить посредством предстоящего назначения.

Хотя борьба за назначения на высшие судебские должности в Индии продолжается, важно отметить, что многие современные конституции склонны верить определенные аспекты назначения судей профессиональному органу, в состав которого частично входят судьи и старшие судьи и частично представители правительства высшего звена и представители юридического сообщества (обычно адвокаты и преподаватели права). Эти комиссии по услугам судебной системы склонны иметь функции, связанные с управлением и самоуправлением судебной системой помимо назначения судей, а также, если речь идет о назначениях их роль может быть просто консультативной. Тем не менее, эти органы должны рассматриваться как площадки для консультаций или принятия решений, посредством которых многочисленные представители юридического сообщества могут выразить свои предпочтения в делах, связанных с назначением судей. Согласно Конституции Южно-Африканской Республики Комиссия по услугам судебной системы (s.178 и последующие) являет собой примечательный пример.

Стоит заключить этот раздел предложением из Рекомендации № R (94) 12, касающимся предпочтительных качеств независимого назначающего органа, особенно если в этой рекомендации отмечается два четких момента. С одной стороны, там утверждается, что «орган, принимающий решение об отборе и карьерном росте судей, не должен зависеть от государства и правительства. Для того чтобы защитить его независимость правила должны гарантировать, что, например, его работники выбираются судебной системой и что орган сам принимает решения о своих процедурных правилах». Тем не менее, там также говорится: «Однако там, где положения конституции и законов и традиции позволяют государству назначать судей, должны быть гарантии, обеспечивающие прозрачность и независимость порядка назначения судей на практике и то, что на решения не будут влиять какие-то причины помимо тех, которые имеют отношение к вышеупомянутым объективным критериям».

В своем решении о назначении судей Конституционный суд Венгрии постановил, что это является требованием конституционной значимости, что в ходе назначения судей решение или действие решения представителя других ветвей власти или какой-то другой фактор *нейтрализуется* существенным влиянием судебной власти. Это требование также применяется к выборам судебских работников более высокого звена.¹⁸⁵ Это положение не устраняет всего влияния исполнительной власти на назначение судей *per se* (как таковое).

Решение в точности повторяет слова из решения Конституционного суда Германии о том, что разделение полномочий не означает абсолютного разделения всех трех ветвей власти. Скорее исполнительная власть и судебная власть должны взаимодействовать, при этом не замахиваясь на «ключевые функции» других ветвей власти.¹⁸⁶ Действительно ликвидация подавляющего вмешательства других ветвей власти в назначения на должность, повышение по службе, смещение судей имеет решающее значение для превращения судебной ветви власти в самодостаточный орган.¹⁸⁷ Конституционные суды как гаранты разделения полномочий играют важную роль в поддержании этого баланса.

III – Выход на пенсию и отставка

Большинство юридических систем дает право и гарантирует пребывание в должности судьи до фиксированного возраста выхода на пенсию – как в случае с федеральными судьями и судьями Верховного суда в США – до «хорошего поведения» (Конституция США, Статья 3,

¹⁸⁵ Решение АБ 38/1993 (VI. 11.).

¹⁸⁶ См дело о квалификации судей, 34 БВерфГЕ 52 (1972). Можно найти на английском языке у Дональда Коммерса в работе «Конституционное правоповедение Федеральной Республики Германия», стр. 145-148 (2-е издание, 1997 год).

¹⁸⁷ Есть много подобных дел. Их рассмотрение выходит за рамки настоящего документа.

Раздел 1). Последняя формулировка дает самим судьям Верховного суда право определить, когда они принимают решение об отставке.

Независимость и беспристрастность судебной системы не защищена в достаточной мере в стране, пока и если судьи не защищены от принудительной отставки или выхода на пенсию. К сожалению, примеры этого можно обнаружить в странах Европы и бывших советских республиках. Недавно в начале апреля 2007 года президент Украины Ющенко распорядился распустить парламент и объявить о проведении досрочных выборов частично потому что – в результате нехватки голосов – возглавляемое Януковичем парламентское большинство опасно приблизилось к тому, чтобы заручиться достаточной поддержкой для отмены президентских вето.¹⁸⁸ Указы о роспуске были оспорены в Конституционном суде, что (не в первый раз) подвергло судей Конституционного суда огромному политическому давлению.

Председатель Конституционного суда подал в отставку, а пять судей Верховного суда пожаловались на пресс-конференции на неприемлемое политическое давление.¹⁸⁹ Действительно через менее чем две недели премьер-министр Янукович настолько потерял терпение, что заявил польским СМИ о том, что если Конституционный суд не в состоянии принять решение о конституционности указа о роспуске, он заслуживает того, чтобы его распустили.¹⁹⁰ В середине мая шеф службы безопасности заявил в телевизионном интервью, что спецслужбы не оказывают какого-либо давления на Конституционный суд, но признал, что они расследуют обвинения в коррупции в отношении судьи Конституционного суда.¹⁹¹ Вскоре трое судей были смещены с должности судей Конституционного суда, а еще четверо ушли на больничный, что было событием, подтолкнувшим президентскую администрацию сделать вывод о том что Конституционного суда больше нет¹⁹² и затем распорядиться о проведении расследования генеральной прокуратурой деятельности Суда.¹⁹³ Когда новый председатель вступил в должность, он заверил представителей других ветвей власти в длинном интервью газете, что Конституционный суд Украины не политизирован.¹⁹⁴

Завершая этот раздел важно отметить, что действующая исполнительная власть может легко найти средство, которое сделает возможным формирование судебной системы без принуждения неугодных судей к отставке. Создание новых мест для судей или даже целых новых судов – это великий соблазн во времена, когда суды имеют критически важное значение для государства. План президента Рузвельта (провалившийся или спорный) по совершенствованию работы судов во времена Нового курса является одним из таких примеров. Из более поздней информации можно вспомнить, что во времена председательства в Верховном суде Израиля Аарона Барака ему пришлось отразить несколько попыток при создании отдельного Конституционного суда, который, как предусматривалось, работал (или работал бы) рядом с Верховным судом под председательством Барака – органа, который имел очень важное значение для государства на тот момент.

IV – Дисциплинарные процедуры и их влияние на независимость судебной системы

¹⁸⁸ Согласно Статье 94 Конституции президентское вето может быть преодолено 2/3 голосов членов парламента.

¹⁸⁹ БиБиСи Международные отчеты о мониторинге, 10 апреля 2007 года. Обстоятельства председателя Конституционного суда Ивана Домбронского неясны. Известно, что большинство судей Верховного суда проголосовали против его отставки и также предполагается, что об его отставке было объявлено публично до того, как он подал официальное прошение об отставке.

¹⁹⁰ «Конституционный суд должен быть распущен, если ему не удастся оценить конституционность президентского указа о роспуске парламента», - сказал Янукович 4 апреля 2007 года, Интерфакс-Украина, <http://www.interfax.com.ua/en/news/main-news/25693/?print>

¹⁹¹ Международные отчеты БиБиСи о мониторинге, 11 мая 2007 года.

¹⁹² Международные отчеты БиБиСи о мониторинге, 18 мая 2007 года.

¹⁹³ Телевизионное обращение президента можно найти в переводе на английский язык в Международных отчетах БиБиСи о мониторинге, 23 мая 2007 года.

¹⁹⁴ Глобальный мониторинг БиБиСи, 27 июля 2007 года.

В силу ограниченности объема этого документа невозможно предложить полный детальный обзор дисциплинарных процедур и их влияния на независимость судебной системы. Вместо этого в нем будет сделана попытка выделить несколько моментов, которые следует принимать во внимание при рассмотрении этого довольно непростого и деликатного вопроса.

Во-первых, ясно, что любой обзор дисциплинарных процедур в отношении судей будет принимать во внимание тот факт, что такие санкции ставят под угрозу гарантии пребывания судей в должности. Даже такие более мягкие дисциплинарные санкции, как задержка в продвижении по службе сильно влияют на судей, поскольку должность судьи обычно воспринимается как постоянный карьерный рост, в котором люди очень заинтересованы. Дисциплинарные санкции, такие как дисциплинарный перевод на другую должность оказывают значительное воздействие на личную и семейную жизнь соответствующих судей. Смещение или освобождение от должности – это намного более серьезная дисциплинарная санкция и считается самой последней мерой.

Во-вторых, дисциплинарные санкции в конечном итоге связаны с оценкой результатов работы судей и подотчетностью судей. Бангалорские принципы (6.5) гласят: «Судья выполняет свои обязанности судьи, в том числе вынесение определенных решений, эффективно, справедливо и с обоснованной расторопностью». Согласно Базовым принципам ООН о независимости судебной системы «судьи подлежат отстранению от выполнения своих обязанностей или увольнению только по причине неспособности или поведения, которое делает невозможным для них исполнение своих обязанностей. (Принцип 18)»

Из вышеизложенного становится ясно, что как правило, дисциплинарные санкции не накладываются как следствие (выговор) конкретного решения судьи в конкретном деле. Для того чтобы надлежащим образом оценить значимость этого последнего вывода рассмотрим решение Конституционного суда Хорватии по заявлению в Конституционный суд, по которому судьи обычных судов оспаривали решение Высшего судебного совета, который отказал им в продвижении по службе в Верховный суд. Судьи утверждали, что отказ в их назначении явился нарушением независимости судебной ветви власти. Конституционный суд Хорватии заявил:

Утверждения заявителей о нарушении конституционного принципа независимости судей и их иммунитета (Статьи 115 и 119 Конституции) обоснованы, потому что Высший судебный совет вынес свои решения по отдельным кандидатурам, помимо прочего, на основании мнения председателя Верховного суда, в котором содержались суждения о сроке действия конкретных судебных решений, в принятии которых кандидаты принимали участие.

Срок действия конкретных судебных решений может изучаться только компетентным судом согласно мерам судебной защиты, т.е. Конституционным судом согласно заявлению в Конституционный суд. При оценке работы судьи во внимание могут приниматься только оценки судов высшей инстанции согласно решению о мерах судебной защиты.

В вышеуказанном случае были также нарушены конституционные принципы Статей 115 и 119, потому что Высший судебный совет при процедуре назначения принимал решения на основе мнений, которые содержали суждения о надлежащих действиях отдельных судей в ходе вынесения конкретных судебных решений, принятых советом судей.

Это также было нарушением юридических положений о секретности и конфиденциальности рассмотрения дел в суде и голосования...»¹⁹⁵

Дело особой деликатности: хотя на первый взгляд заявление в Конституционный суд направлено против решения Высшего судебного совета, по существу дела оспаривается мнение председателя Верховного суда. Решение Конституционного суда Хорватии направлено

¹⁹⁵ Решения № U-III-520/95, U-III-530/95, U-III-534/95, U-III-537/95 и U-III-540/95 от 30.11.1995 процитированы в Национальном отчете по Хорватии, представленном на 10-й конференции Европейских конституционных судов по проблемам разделения полномочий в связи с юрисдикцией конституционного суда. Можно найти на <http://www.mkab.hu/conference/okhe/croatie.htm>.

на поддержание хрупкого баланса и заслушивание заявления в Конституционный суд, поданное судьями по существу дела, при этом тем не менее, не вмешиваясь во внутренние дела судебной ветви власти.

В-третьих, в дисциплинарном деле с участием судей следует обращать особое внимание на применимость процедурных гарантий. Комплекс таких гарантий представлен в Базовых принципах ООН о независимости судебной системы, в которых говорится, что:

17. Обвинение или жалоба, выдвинутая против судьи и связанная с его/ее судебными и профессиональными обязанностями, рассматривается быстро и справедливо в соответствующем порядке. Судья имеет право на справедливое слушание. Изучение дела на его начальной стадии ведется конфиденциально, если что-то иное не запрашивается судьей.

19. Все дисциплинарные процедуры, процедуры по отстранению от должности или увольнению определяются в соответствии с установленными стандартами судейского поведения.

20. Решения о дисциплинарных процедурах, процедурах по отстранению от должности или увольнению подлежат независимому рассмотрению. Этот принцип может не применяться к решениям судов высшей инстанции и решениям законодательной ветви власти об импичменте или аналогичных процедурах.

Важно отметить, что в дисциплинарных делах соображения скорости служат не только интересам судьи, который обвиняется, но и интересам всей судебной системы. Помимо свидетельства о подотчетности судей и веры общества в судебную систему также приходится принимать во внимание тот факт, что судебные системы склонны к недоукомплектованности и перегруженности, что означает, что длительные дисциплинарные разбирательства против одного или нескольких судей означают большую нагрузку на остальных судей. Эта нагрузка может быть смягчена только быстрым назначением новых судей. Такие назначения (если это необходимо), однако, не могут происходить пока не будет вынесено окончательное определение по делу в дисциплинарном производстве.

Это простое, но тем не менее важное затруднение, касающееся пересмотра судейских решений об освобождении от должности (импичменте) в деле о федеральном судье, было озвучено покойным председателем Верховного суда Ренквистом в деле Никсон против США (506 U.S. 224 (1993)). Представляя большинство, он обнаружил, что просьба о пересмотре решения об импичменте в конечном итоге не подлежит рассмотрению судом в рамках доктрины политических вопросов. Кроме того, председатель Верховного суда признал, что если бы он разрешил пересмотр судебного решения об импичменте, суд нарушил бы баланс, который авторы Конституции хотели ввести для федеральной судебной системы, когда они предусмотрели для судей возможность импичмента другой ветвью власти. Он добавил, что «отсутствие окончательности и трудность с формированием средств судебной защиты от возможности рассмотрения в судебном порядке.»¹⁹⁶

Это наблюдение объясняет четвертый момент, касающийся роли судебной ветви власти, являющейся судьей своих собственных дел. Крайне важно понять, что пересмотр дисциплинарных решений вместе с пересмотром (отказом от пересмотра) назначения судей превращает судебную ветвь власти в судью для самой себя, по сути делая возможным для судов высшей инстанции оказание такого влияния на выборы судей, которое они не обязательно хотели иметь при разработке организационно-правовых форм.

¹⁹⁶ На 236 председатель Верховного суда продолжил, поделившись нижеследующими наблюдениями: «Это отсутствие завершенности особенно сильно проявилось бы, если бы президенту объявили импичмент. Легитимность любого преемника и таким образом его эффективность сильно пострадали бы, не просто потому что судебный процесс шел бы своим чередом, а в ходе любого повторного судебного разбирательства, которое мог бы провести Сенат другого созыва, если бы его первый приговор был аннулирован. Также неопределен вопрос того, какие средства защиты мог бы дать суд помимо простой приостановки вынесения приговора. Мог бы он распорядиться о восстановлении приговоренного федерального судьи в должности или приказать Конгрессу создать дополнительное судейское место, если бы его место было за это время занято?»

Заметьте, что вследствие ограниченности настоящего документа в объеме дальнейшие сложные моменты процесса пересмотра решений в конституционных судах, затрагивающие независимость судебной ветви власти, будут по мере необходимости рассматриваться в нижеследующих разделах.

V – Гарантия независимости судебной ветви власти через эффективную организацию и озвучивание интересов судейского корпуса

Этот раздел посвящен рассмотрению серьезных моментов, связанных с более эффективной судебной системой. Хотя на первый взгляд может показаться, что наличие эффективной судебной системы было делом эстетики, легко понять каким образом качество и скорость работы судебной системы влияют на качество защиты прав в стране с конституционной демократией. Даже наиболее уважаемые конституционные демократии Европы склонны накапливать огромное количество дел, назначенных к слушанию, что приводит в результате к серьезному запаздыванию в проведении судебных процессов. Вечно длящиеся уголовные и особенно гражданские дела создают дополнительные сложности для судов не только потому, что судьи передают незавершенные дела друг другу перед выходом в отставку, но и потому что в течение длительного периода времени правовая среда может резко меняться – таким образом усугубляя травмы, нанесенные уже пострадавшему потерпевшему.

V. 1. Неорганизованная и неэффективная судебная система способствуют дальнейшему нарушению прав вместо того, чтобы предложить средства судебной защиты. Один только факт, что в очереди на рассмотрении в ЕСПЧ находится множество дел, где стороны жалуются на крайне длительную задержку в судебном рассмотрении, по-видимому, подчеркивает вышесказанное. Длительные процессуальные задержки служат спусковым крючком кратким и резким решениям, где государству приходится выплачивать компенсацию за травмы, нанесенные их налогоплательщикам медленным правосудием. Понятие подотчетности судей было отчасти придумано для того, чтобы реагировать на подобные аномалии системы, возникающие в таком большом масштабе, таким недвусмысленным и бесспорным образом.

Системы самоуправления судебной системой были введены в большинстве современных конституционных демократий для реагирования на вышеуказанные проблемы. Чаще всего эти механизмы страдают от склонности судейской организации скрывать свои собственные слабости вместо того, чтобы преодолевать их. Самоуправление судебной системой имеет элемент саморегулирования, позволяющий – в принципе – любой судебной системе реагировать на возникающие на уровне руководства проблемы самостоятельно. При такой организации задача председателей Верховных судов и старших судей заключается не просто в обеспечении единообразного применения законов во всей своей судебной системе, а также в гарантии того, что дела будут рассматриваться в приемлемые сроки.

Принятие этического кодекса судей – это важная функция и следствие самоуправления судебной системой. К сожалению, такие кодексы непопулярны в посткоммунистических странах, несмотря на то, что принятие всеобщего судейского кодекса этики осуществляется в Организации объединенных наций. Предполагая насколько сильна эта тенденция продвижения значимых кодексов этики на международном уровне, следует взглянуть на Лимасольские результаты 2002 года, подготовленные работниками судейского корпуса стран Содружества. Кроме того, важно добавить, что в 2006 году на XIII саммите судей Иbero-Американского региона был принят Иbero-Американский этический кодекс.

Правильно понимаемое самоуправление привнесло бы и действительно несет в себе огромный обучающий потенциал, который зачастую не принимается во внимание. Международное сотрудничество судейских работников имеет диалогический аспект, который зачастую не принимается во внимание: возможности обмениваться опытом могут подвинуть отечественные суды на то, чтобы учиться друг у друга и лучше работать. Существует несколько международных площадок, которые содействуют такому сотрудничеству как между национальными судами, так и между конституционными судами. Международно известная судебная система бесспорно находится в лучшем положении для переговоров внутри страны и

может намного громче заявить о своих требованиях в процессе составления бюджета и принятия законов. Такие попытки будут также вполне вписываться в Бангалорские принципы, которые гласят, что «судья предпринимает обоснованные шаги для сохранения и увеличения знаний, совершенствования навыков и личных качеств судьи, необходимых для надлежащего исполнения обязанностей судьи, используя имеющиеся преимущества, под контролем судейского корпуса, перед судьями. (6.3)» и в частности, что «судья находится в курсе актуальных событий международного права, включая международные конвенции и прочие документы, устанавливающие стандарты прав человека».

Что касается последнего, важно отметить, что суды находятся в особенно шатком положении, когда им приходится защищать заявку, особенно дорогостоящую заявку, в национальном парламенте. В некоторых конституциях содержатся гарантии для процесса составления бюджета во избежание ситуации, когда судам в конечном итоге приходится в открытую торговаться за финансирование в парламенте.

V.2. Из-за характера юрисдикции площадок для пересмотра решений в конституционном суде конституционные суды могут сталкиваться с заявлениями, которые напрямую влияют на структуру и работу обычной судебной системы. Такие заявления могут касаться конституционности создания или отмены различных судов, квалификации лиц, назначаемых на должность судьи или продвижение судей по службе, изменение вознаграждения труда судей, дисциплинарных санкций и правил снятия с должности и прочих нарушений независимости судебной системы. Когда речь идет о таких заявлениях, решение конституционного суда действительно напрямую влияет на состав, работу и неподкупность судей.¹⁹⁷

Что касается структуры судебной системы в целом, нетрудно понять каким образом замедление в создании дополнительного уровня апелляционных судов (районных судов), введенное посредством поправок в Конституцию от 1997 года и не реализованное в полной мере в течение многих лет, могло помешать эффективности судебной системы – как это произошло в Венгрии. После многочисленных изменений местонахождения, юрисдикции и работы районных судов¹⁹⁸ в 1999 году парламент Венгрии решил продолжить работать с *одним* центральным районным судом. Конституционность этого решения была оспорена и в 2001 году конституционный суд обнаружил, что задержка в создании районных судов достигла неконституционного уровня.¹⁹⁹ У Конституционного суда было сравнительно достаточное основание для своего решения, поскольку редакция измененной Статьи 45(1) Конституции однозначно перечисляет районные суды среди других судов общей юрисдикции. В своем решении Конституционный суд подчеркнул, что парламент свободен в определении способа и скорости мер, необходимых для создания районных судов в пределах языка конституции. Однако поскольку редакция Статьи 45(1) предусматривает *большее* количество районных судов, создание всего одного суда не отвечает требованию, установленному в конституции, и представляет собой неконституционное упущение.

В этом случае Конституционный суд Венгрии использовал довольно простой текстовый аргумент: в Статье 45(1) Конституции упоминаются районные суды – что означает более чем один суд. Помимо этого момента Конституционный суд не ввел в действие дополнительные гарантии, исходящие из равенства всех перед законом или конституционных прав, и не установил дополнительные критерии конституционности для исполнения будущими законодателями. Хотя решение может показаться упрощенным, крайне важно понять, что это дело само втянуло Конституционный суд в весьма показательное и деликатное политическое

¹⁹⁷ Тема урегулирования споров о юрисдикции между судами (споры о компетенции) не включена в настоящий обзор.

¹⁹⁸ Такие районные суды создавались для внедрения четырехуровневой иерархии судебной системы, таким образом позволив создать дополнительную отдельную инстанцию для апелляций/пересмотра, при этом еще одной целью было снижение рабочей нагрузки на Верховный суд. В документе под названием «Независимость судебной системы в Венгрии» в отчете «Мониторинг процесса вступления в ЕС: независимость судебной системы», дополнительное примечание 15, стр. 192-193, рассматриваются разные варианты.

¹⁹⁹ Решение 49/2001 (XI. 22.) АБ.

противоречие. Действительно некоторые из судей Верховного суда посчитали, что в этом деле не было даже основания для установления неконституционного упущения.²⁰⁰ Эта деталь имеет крайне важное значение, поскольку когда Конституционный суд обнаруживает неконституционное упущение, он может задать крайний срок для исправления ситуации.²⁰¹ Таким образом Конституционный суд может однозначно обязать законодательную власть создать закон, создающий основу для потенциального конфликта с исполнительной властью. Хотя у Конституционного суда нет средств для реализации этого решения, несоблюдение крайнего срока может поставить в неловкое положение исполнительную власть даже в случае, если Конституционный суд не установил дополнительных конституционных критериев для содержания принимаемых законодательных актов.

VI – Статус и роль профессиональных объединений в отстаивании интересов судебных работников

В предыдущих разделах настоящего документа были предприняты попытки объяснить каким образом судьи могли бы защищать свои собственные интересы через различные каналы, в том числе самоуправление судей и посредством процесса пересмотра решений в конституционном суде. В этом последнем разделе предпринимается попытка кратко рассмотреть взаимосвязь судебной системы и других профессиональных объединений.

Для начала крайне важно иметь в виду, что без активного участия других представителей юридического сообщества судебная система не может исполнять свою основную миссию. Дела поступают в суд с помощью адвокатов (защитников), которые защищают клиентов, Качество их работы – такое как качество работы судей и прокуроров – несет на себе печать качества подготовки юристов стране. В гражданском праве правовые системы, в которых немного меньше возможностей переходить из одной профессии в другую, важность профессионального сотрудничества и взаимодействия, возможно, немного труднее объяснить.

Прямое участие различных категорий профессионалов-юристов в работе Комиссии по юридическим услугам уже упоминалось. Кроме того, любая серьезная правовая реформа, задействует ли она процедурное или материальное право, может быть разумно проведена, только если профессионалы, представляющие все сферы, участвуют и сотрудничают в ней с самого раннего этапа. Этот метод разработки законов, который задействует проведение многочисленных фоновых исследований и анализа воздействия, обычно не практикуется широко в посткоммунистических странах. Отсутствие такого сотрудничества ухудшает в целом качество правовой системы.

Более того, все профессиональные юристы, и входящие и не входящие в коллегия, несут большую ответственность за содействие соблюдению независимости и беспристрастности судебной системы. Это не предполагает, что решения суда не могут открыто критиковаться в СМИ или в колонках газет с политической информацией. Это скорее означает, что юристы должны понимать, что критика решений судей или работы судов несет в себе элемент повышения информированности, особенно если замечания предназначаются более широкой непрофессиональной аудитории. Таким образом обсуждение значимости решений судей перед более широкой аудиторией – это серьезная ответственность, особенно в странах с зарождающейся демократией, где исполнительной власти следует учиться языку конституционализма и правам человека.

²⁰⁰ См особое мнение судьи Верховного суда Эрдера (с которым согласился судья Верховного суда Хармати).

²⁰¹ См Статью 49(1) Закона о Конституционном суде (Закон № 32 от 1989 года). В этом деле крайним сроком было 31 декабря 2002 года.

Вывод

В вышеизложенных разделах была предпринята попытка рассмотреть проблему независимости судебной системы, уделив особое внимание таким вопросам, как назначение на должность судьи, отставка судей, дисциплинарные процедуры и роль судебной системы и других профессиональных организаций. В настоящем документе сделана попытка продемонстрировать, что независимость судебной системы является продуктом сложной взаимозависимости и сотрудничества различных государственных и негосударственных структур. При этом в документе утверждается, что помимо «жесткого» разделения ограничительных полномочий намного более «мягкие» соображения, такие как внешние проявления независимости судебной системы, могут играть такую же важную роль. Делая ставку на несколько международных документов и отечественный опыт, в документе была сделана попытка показать, что судебная система несет такую же большую ответственность за определение условий независимости, как и все другие участники, которые могут от случая к случаю предпринимать неудачные шаги с целью посягнуть на эту независимость.

Сентябрь 2008 г.

ПАШИН С.А.
член Независимого экспертно-правового совета,
профессор Московского института экономики, политики и права,
кандидат юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке

Экспертное заключение по Указу Президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» и постановлению Кабинета Министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. «Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан»²⁰²

Международные принципы адвокатуры

Международное сообщество придает важнейшее значение доступности для человека квалифицированной юридической помощи и, соответственно, эффективности и демократичности институтов, призванных такую помощь предоставлять. В соответствии с подпунктом «с» пункта 3 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, каждый обвиняемый имеет право «защищать себя лично или посредством выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг защитника, защитник должен быть ему предоставлен бесплатно» (аналогично – подпункты «b» и «d» пункта 3 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах).

В утвержденном резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 9 декабря 1988 года Своде принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, провозглашаются права всякого задержанного или находящегося в заключении лица «пользоваться помощью адвоката, как это предусмотрено законом» (принцип 11), «на получение юридической помощи со стороны адвоката» (принцип 17), «связываться и консультироваться с адвокатом» (принцип 18); «Несоблюдение этих принципов при получении доказательств принимается во внимание при определении допустимости таких доказательств против задержанного или находящегося в заключении лица» (принцип 27).

Как справедливо отмечается в подпункте 1.2.2 Общего кодекса правил для адвокатов стран Европейского сообщества, «...В большинстве случаев в основе правил различных объединений адвокатов лежат одни и те же ценности и общие для всех положения». Наиболее значимые правила, касающиеся адвокатской профессии и профессиональных объединений адвокатов, были сформулированы Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 года в Основных положениях о роли адвокатов. В преамбуле Основных положений, в частности, говорится: «Профессиональные ассоциации адвокатов играют жизненную роль в поддержании профессиональных стандартов и этических норм, защищают своих членов от преследований и необоснованных ограничений и посягательств, обеспечивают юридическую помощь для всех, кто нуждается в ней, и кооперируются с правительством и другими институтами для достижения целей правосудия и общественного интереса».

Узбекское законодательство об адвокатуре

Для обеспечения конституционных гарантий права человека и гражданина на квалифицированную юридическую помощь 27 декабря 1996 года был принят Закон Республики Узбекистан «Об адвокатуре» (изменения в него вносились 15 декабря 2000 года, 25 апреля и 12 декабря 2003 года). Важное значение в регулировании вопросов адвокатуры имеет также

²⁰² Настоящий анализ подготовлен при поддержке представительства Freedom House в Казахстане.

Закон Республики Узбекистан «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов» от 25 декабря 1998 года.

Согласно узбекскому законодательству, допуск имеющих высшее юридическое образование лиц к адвокатской профессии осуществляется в Республике на основании лицензии, выдаваемой квалификационной комиссией при региональных органах юстиции после успешной сдачи претендентом квалификационного экзамена (ст. 3 и 13 Закона «Об адвокатуре»). После получения лицензии адвокаты вольны создавать различные образования (бюро, коллегии, фирмы), практиковать индивидуально. Поэтому законодатель определяет, что адвокатура в стране состоит, во-первых, из «независимых, добровольных профессиональных объединений лиц, занимающихся адвокатской деятельностью», а во-вторых, из «отдельных лиц, занимающихся частной адвокатской практикой» (ст. 1 Закона «Об адвокатуре»).

Ныне существующая Ассоциация адвокатов Узбекистана является, очевидно, «республиканским общественным объединением адвокатов», упоминаемым, в частности, в ст. 12 Закона «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов». Однако на законодательном уровне структура и полномочия Ассоциации адвокатов Узбекистана сколько-нибудь подробной регламентации не получили. Как видно из содержания рассматриваемых Указа Президента от 1 мая 2008 г. и Постановления Кабинета Министров от 27 мая 2008 г., планируется преобразование Ассоциации в Палату адвокатов Республики Узбекистан, «основанной на обязательном членстве всех адвокатов Республики Узбекистан».

Реформа адвокатуры: удачные решения

Как говорится в преамбуле Указа Президента Республики Узбекистан, реформа национальной адвокатуры задумана и осуществляется в благородных целях «дальнейшей либерализации судебно-правовой системы, реализации конституционной нормы, закрепляющей право граждан на профессиональную юридическую помощь на любой стадии судопроизводства, обеспечения организационной самостоятельности адвокатуры, укомплектования ее высококвалифицированными кадрами, усиления гарантий независимости адвокатов, повышения авторитета и престижа адвокатской профессии». Постановление Кабинета Министров от 27 мая 2008 года № 112 принято во исполнение данного Указа.

Основные демократические положения рассматриваемых нормативных актов, которыми очерчены направления реформирования адвокатуры, заслуживают поддержки. В частности, нельзя не согласиться с выраженными в Указе от 1 мая 2008 г. идеями:

- о причислении адвокатуры к институтам гражданского общества;
- о стажировке претендентов в адвокатских формированиях и повышении квалификации практикующих адвокатов;
- об обеспечении равенства процессуальных прав сторон обвинения и защиты в уголовном процессе (разумеется, при условии соблюдения старого правила *favor defensionis* – С.П.);
- о статусе Палаты адвокатов Республики Узбекистан как некоммерческой организации, пользующейся правами юридического лица;
- об источниках финансирования деятельности Палаты адвокатов;
- о законсовещательных направлениях деятельности Палаты адвокатов;
- об участии Палаты в правовом просвещении населения;
- о невмешательстве Палаты и ее органов в деятельность адвокатов;
- о необходимости изменения законодательных актов об адвокатуре.

Реформа адвокатуры: спорные положения

1. Само по себе создание Палаты адвокатов Республики Узбекистан на базе менее влиятельной Ассоциации адвокатов Узбекистана является важным шагом вперед на пути

реформирования адвокатуры. Вызывают, однако, определенное беспокойство закладываемые уже на начальном этапе тенденции огосударствления данной «некоммерческой организации».

Так, из содержания Постановления Кабинета Министров следует, что в образовании Палаты значительная роль отводится Министерству юстиции Республики Узбекистан; региональные и центральные государственные органы обязываются обеспечить Палату помещениями, а также средствами связи, «включая правительственную». В соответствии с пунктом 1 Постановления, Минюст Республики представляет к избранию председателя Палаты адвокатов и его заместителей.

Действительно, корпоративные адвокатские органы «должны кооперироваться с правительствами для обеспечения права каждого на равный и эффективный доступ к юридической помощи, чтобы адвокаты были способны без неуместного вмешательства со стороны давать советы и помогать своим клиентам в соответствии с законом и признанными профессиональными стандартами и этическими правилами» (пункт 25 Основных положений о роли адвокатов). Однако, как представляется, такое кооперирование не должно заходить слишком далеко: в противном случае, независимость негосударственной организации утрачивается. Не исключается также возникновение, пусть и со временем, жесткого противостояния Конференции Палаты и Министерства по поводу ключевой кандидатуры председателя Палаты адвокатов.

Возможно, авторы Постановления подразумевали, что председатель Палаты адвокатов, его заместители и члены Правления Палаты будут избираться исключительно из числа адвокатов, однако из текста Постановления Кабинета Министров это с бесспорностью не вытекает.

Пятилетний срок полномочий председателя Палаты адвокатов и его заместителей чрезмерен, будет иметь своим побочным эффектом бюрократизацию всей структуры. Необходима ротация хотя бы после двухлетнего отправления полномочий (может быть, переизбрание председателя Палаты или обновление трети состава Правления). Надо отметить, что не имеющие определенного срока полномочий, но постоянно обновляемые органы не редкость в мире: треть членов Сената США переизбирается каждые 2 года²⁰³; Совет Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации избирается Всероссийским съездом адвокатов тайным голосованием в количестве не более 30 человек и подлежит обновлению (ротации) один раз в два года на одну треть²⁰⁴.

2. Весьма сомнительна идея построения органов адвокатского самоуправления как возводимой сверху пирамидальной структуры. По замыслу Правительства, предстоит образовать вертикаль, начиная от Палаты адвокатов, которая будет иметь территориальные управления в Республике Каракалпакстан, областях и в столице – городе Ташкенте (п. 1 Постановления Кабинета Министров). Такая «пирамида» не отвечает интересам адвокатского сообщества и служит причиной бюрократизации отношений внутри управленческой структуры, подразделению коллег на «начальников» и «рядовых».

Адвокатуры как институту гражданского общества свойственна самоорганизация снизу, когда местные адвокатские ассоциации, объединяющие адвокатов того или иного региона, делегируют полномочия своей выборной общенациональной структуре. Членство в такой структуре, как бы она ни называлась, может быть коллективным, то есть в ее состав входят региональные образования адвокатов. Таковы Федеральные палаты адвокатов в Российской Федерации и ФРГ, таков Совет ассоциаций адвокатов во Франции. Именно благодаря данному построению адвокатуры председатели (президенты) и члены общенациональных ассоциаций адвокатов не присваивают и не отправляют командных чиновничьих функций, а воспринимаются как первые среди равных.

²⁰³ Раздел 3 Конституции Соединенных Штатов Америки.

²⁰⁴ См.: ч. 2 ст. 37 Федерального Закона от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Неоправданно включение адвокатских формирований в организационную структуру Палаты адвокатов (приложение к Постановлению Кабинета Министров). Адвокатские бюро, коллегии, фирмы, будучи независимыми формами осуществления профессиональной адвокатской деятельности, не могут являться структурными подразделениями Палаты адвокатов, как и ее территориальных управлений. Эти формы не насаждаются сверху, а создаются в результате добровольного почину самих адвокатов. Поэтому весьма спорно возложение на Палату адвокатов функции «централизованной координации деятельности адвокатских формирований» (п. 3 Указа Президента). Сохраняется неопределенность в вопросе об обеспечении представительства на Конференции адвокатов, практикующих частным образом.

Подразделениями Палаты адвокатов могли бы оказаться создаваемые ею на основании пункта 3 Указа Президента юридические консультации, но и это нежелательно с точки зрения требований независимости юридической профессии. Особенно неудачной практикой стала бы выплата практикующим в юридических консультациях адвокатам фиксированной зарплаты вместо гонорара.

3. В соответствии с пунктом 1 анализируемого Постановления Кабинета Министров, председатель Палаты адвокатов наделяется властью назначать и освобождать от должности руководителей территориальных управлений Палаты.

Таким образом, организация органа адвокатского самоуправления, по сути, копирует устройство системы государственной службы, а председатель коллегиального Правления превращается в единоначальника, что недопустимо. Конечно, глава Правления должен быть наделен правом приема и увольнения технических работников (секретарей, делопроизводителей, специалистов), но не занимающих посты в системе самоуправления коллег-адвокатов.

4. Насколько можно понять из анализируемых документов, реформа адвокатуры не коснется практики лицензирования; в п. 1 Указа Президента Республики Узбекистан речь идет лишь о совершенствовании лицензирования.

Между тем, корпоративные начала построения адвокатуры предполагают существенное влияние адвокатского сообщества на допуск к профессии претендентов, что важно также для снижения коррупционных возможностей в системе государственной службы. Поэтому было бы целесообразно решить вопрос о создании квалификационных комиссий для приема у претендентов экзаменов при органах адвокатского самоуправления (пусть с участием наряду с адвокатами представителей органов юстиции, судей).

5. В пункте 1 Указа Президента говорится о совершенствовании «механизма контроля за соблюдением адвокатами правил профессиональной этики и системы дисциплинарного производства в отношении адвокатов».

В связи с данным положением Указа необходимо процитировать пункты 26 и 29 Основных положений о роли адвокатов: «26. Кодексы профессионального поведения адвокатов должны устанавливаться профессией через свои соответствующие органы или в соответствии с законодательством, отвечающим положениям национального права и обычая и признаваемым международными стандартами и нормами. ...29. Дисциплинарное производство против адвокатов должно быть предоставлено беспристрастным дисциплинарным комиссиям, установленным самой адвокатурой, с возможностью обжалования в суд».

В свете изложенного было бы целесообразно предоставить Палате адвокатов право выработать Кодекс профессиональной этики адвокатов, а также установить порядок дисциплинарной ответственности адвокатов перед органами профессионального сообщества (например, квалификационными комиссиями при региональных органах адвокатского самоуправления). Данное замечание сделано с учетом президентского поручения, содержащегося в п. 6 Указа.

6. Как уже говорилось выше, реформаторы узбекской адвокатуры правильно обозначали среди направлений деятельности Палаты адвокатов возможность участия в законотворческом процессе путем внесения «предложений по совершенствованию законодательной базы реформ и правоприменительной практики», подготовки предложений по проектам нормативно-правовых актов (п. 3 Указа Президента).

Представляется, однако, что законосовещательной функции для Палаты адвокатов, представляющей адвокатуру как важнейший институт гражданского общества, недостаточно. Следовало бы путем внесения поправок в законодательство делегировать Конференции Палаты адвокатов право издавать, по меньшей мере, некоторые обязательные для адвокатов акты, в частности: Кодекс профессиональной этики адвокатов (о нем речь уже шла); Положение о квалификационном экзамене для претендентов на статус адвоката; Список вопросов (заданий) квалификационного экзамена.

7. Далеко не однозначную оценку вызывает отраженная в п. 1 Указа Президента позиция о поэтапном сокращении с перспективой полного исключения участия «в судопроизводстве лиц, не обладающих специальными знаниями в сфере юриспруденции».

Не следует забывать, что подпункт «d» пункта 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах признает за каждым человеком право на выбор своего защитника. Участие неадвокатов и даже неюристов в судопроизводстве в качестве защитников и представителей на постсоветском пространстве обусловлено многими факторами, среди которых не последнюю роль играют:

- нехватка адвокатов;
- невозможность государства обеспечить гражданам квалифицированную юридическую помощь адвокатов, в частности, из-за низкой оплаты труда назначенных адвокатов;
- распространенность «черной адвокатуры», то есть смычки адвокатов с сотрудниками силовых структур во вред клиентам;
- недоверие адвокатам со стороны людей, предпочитающих услуги правозащитников и даже несведущих в уголовном и гражданском процессах лиц;
- бедность населения, не способного оплачивать труд адвокатов, в особенности, представляющих интересы потерпевших, истцов и ответчиков.

При наличии в стране перечисленных проблем поспешное упразднение института «ходатаев», не принадлежащих к адвокатскому сообществу, в конечном счете, плохо скажется на интересах граждан, вовлеченных в орбиту судопроизводства.

8. В числе основных направлений реформирования института адвокатуры в пункте 1 Указа Президента Республики Узбекистан называется «обеспечение равенства процессуальных прав сторон обвинения и защиты в уголовном процессе», однако ни в данном Указе, ни в Постановлении Кабинета Министров данное положение не раскрывается и не сопровождается указанием на соответствующие законодательные и организационные меры.

Представляется, что уголовно-процессуальное законодательство и Закон Республики Узбекистан «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов» необходимо дополнить нормами, обеспечивающими адвокату возмещение расходов, понесенных им при собирании доказательств (в частности, на приглашение специалиста). Особенно важно, чтобы адвокат-защитник получил возможность быстро добиваться независимого медицинского освидетельствования доверителя, утверждающего, что к нему применялись пытки в ходе предварительного расследования²⁰⁵.

²⁰⁵ См.: Принцип 25 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утв. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г.

Основные рекомендации

- 1.** Реформирование узбекской адвокатуры должно происходить на основании положений Конституции Республики Узбекистан и международных актов в области прав человека, с учетом опыта организации и деятельности адвокатуры в других странах, в особенности – на постсоветском пространстве.
- 2.** Демократическая природа адвокатуры требует организации Палаты адвокатов снизу, что может означать коллективное членство региональных адвокатских образований (местных адвокатских палат) в общенациональной Палате адвокатов.
- 3.** Региональные адвокатские образования целесообразно оснастить квалификационными комиссиями (возможно, включив в их состав представителей судейского сообщества и органов юстиции) для приема квалификационных экзаменов у претендентов и решения вопроса о дисциплинарном преследовании практикующих адвокатов.
- 4.** Помимо законосовещательных и представительских полномочий, Палата адвокатов Республики Узбекистан должна получить в порядке делегированного законодательства право издавать и корректировать нормативные акты, обязательные для адвокатов и правоприменительных органов, разбирающих их жалобы. К числу таких актов, принимаемых Палатой в результате делегирования полномочий, должен относиться, в первую очередь, Кодекс профессиональной этики адвокатов.
- 5.** Государственные органы не должны участвовать в избрании председателя Палаты адвокатов и других ее должностных лиц. При этом избрание председателя Палаты может происходить и непрямым образом (например, Конференция избирает Правление, а члены Правления – председателя и его заместителей). Сроки полномочий руководства Палаты адвокатов стоит уменьшить с 5 лет до 2 – 3 лет; возможно также переизбрание части членов Правления Палаты с периодичностью в 1 – 2 года.
- 6.** Председатель Палаты адвокатов не может быть наделен единоличной властью по назначению и смещению коллег-адвокатов с постов руководителей территориальных управлений Палаты. Адвокатские формирования (бюро, коллегии, фирмы) не следует включать в организационную структуру Палаты адвокатов; исключение может быть сделано только для юридических консультаций.
- 7.** Нужен взвешенный подход при решении вопроса о вытеснении с рынка юридических услуг лиц, не принадлежащих к адвокатскому сообществу. Есть основания полагать, что форсировать этот процесс в обозримый период времени опасно, в особенности, если население страны небогато и относится настороженно к адвокатам-защитникам.
- 8.** Нуждается в дальнейшем развитии положение Указа Президента Республики Узбекистан, касающееся обеспечения равенства прав сторон обвинения и защиты в уголовном судопроизводстве.

Позвольте выразить надежду, что приведенные выше соображения и рекомендации будут способствовать демократической реформе узбекской адвокатуры в соответствии с высокими стандартами юридической профессии ради обеспечения беспрепятственного доступа людей к квалифицированной юридической помощи.

Август 2008 г.

Анализ
по Указу Президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. «О мерах по
дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике
Узбекистан» и постановлению Кабинета Министров Республики Узбекистан от 27
мая 2008 г. «Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики
Узбекистан»²⁰⁶

Предметом настоящего исследования является текст Указа Президента Республики Узбекистан «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» (далее – «Указ»), а также Закон Республики Узбекистан от 27.12.1996 г. № 349-1 «Об адвокатуре», от 27.12.1996 г. N 350-1, с изменениями от 15.12.2000 г., 25.04.2003 г. и 12.12.2003 г., Закон Республики Узбекистан «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов» от 25.12.1998 г. № 721-1 и Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. № 112 «Об организации деятельности палаты адвокатов Республики Узбекистан» (далее «Постановление»²⁰⁷).

Целью анализа является определение рекомендаций по обеспечению принципов свободы, независимости и самоуправления адвокатской профессии при осуществлении реформы, предлагаемой Указом. Настоящий анализ не претендует на полное и всестороннее исследование вопросов реформирования адвокатуры в Республике Узбекистан.

Анализ и рекомендации

Изучение Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре» позволяет сделать вывод о том, что адвокатура в Узбекистане состоит из «независимых, добровольных, профессиональных объединений лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, и отдельных лиц, занимающихся частной адвокатской практикой»²⁰⁸.

Для получения статуса адвоката достаточно иметь высшее юридическое образование, сдать квалификационный экзамен и получить лицензию, выдаваемую квалификационной комиссией, действующей на уровне органов юстиции автономной республики, области или столицы.²⁰⁹ При этом адвокат может работать индивидуально, либо открыть адвокатское бюро, либо на добровольной основе образовать с другими адвокатами (партнерами) коллегии и фирмы.²¹⁰

Очевидно, такая система организации адвокатской деятельности позволяет говорить о том, что в Узбекистане адвокаты не должны в обязательном порядке состоять в членстве профессиональных организаций на региональном уровне. Перечисленные в законе коллегии и фирмы являются организационными формами осуществления правоприменительной практики. Ассоциация адвокатов Узбекистана, правовой статус которой на законодательном уровне не определен²¹¹, представляет собой общественное объединение и реальными полномочиями по управлению адвокатским сообществом в настоящее время не обладает.

²⁰⁶ Настоящий анализ подготовлен по запросу Центра исследований правовой политики при поддержке представительства Freedom House в Казахстане.

²⁰⁷ Все указанные нормативные акты доступны на сайте <http://www.lawyer.uz>

²⁰⁸ См. ст. 1 Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре».

²⁰⁹ См. ст.ст. 3, 13 Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре».

²¹⁰ См. ст. 4 Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре».

²¹¹ В ст. 13 Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре» и ст. 12 Закона Республики Узбекистан «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов» есть только упоминания о «республиканском общественном объединении адвокатов».

Такое положение вещей говорит о том, что в действительности в Узбекистане адвокатура носит корпускулярный характер и система менеджмента в виде палат, как в России, или областных коллегий, как в Казахстане отсутствует. Эксперту известно, что примерно схожее положение существует в настоящее время в Кыргызстане.

Возможно, поэтому одним из направлений реформирования адвокатуры Указом Президента выбрано «создание действенной централизованной системы самоуправления адвокатуры» (ст. 1 Указа) и высказано одобрение предложению Министерства юстиции Республики Узбекистан и Ассоциации адвокатов Узбекистана о создании Палаты адвокатов Узбекистана на базе упомянутой Ассоциации на основе обязательного членства всех адвокатов (ст. 2 Указа).

В соответствии с принятым на основании данного Указа Постановлением предполагается признать Конференцию высшим органом Палаты адвокатов Республики Узбекистан, исполнительным органом - Правление, а органом финансового контроля - Ревизионную комиссию. Правительство считает необходимым избирать председателя Палаты адвокатов Республики Узбекистан и его заместителей Конференцией Палаты адвокатов Республики Узбекистан по представлению Министерства юстиции сроком на пять лет из числа избранных Конференцией членов Правления. В Республике Каракалпакстан, областях и г. Ташкенте планируется образовать территориальные управления Палаты адвокатов Республики Узбекистан со статусом юридического лица, действующие на основании положений, утверждаемых Палатой адвокатов Республики Узбекистан. Руководители территориальных управлений будут назначаться на должность (из числа действующих на соответствующей территории адвокатов) и освобождаются от должности председателем Палаты адвокатов Республики Узбекистан (пункт 1 Постановления).

Следует отметить, что в правовой теории вопрос о наиболее приемлемых формах организации адвокатуры относится к числу весьма дискуссионных.²¹² Природа адвокатской профессии весьма специфична. С одной стороны адвокаты не должны иметь какого-либо официального отношения к государственному аппарату, ибо они призваны защищать частные интересы и стоять на страже прав и свобод человека. Поэтому адвокатура определяется как институт гражданского общества и в специальной литературе четко обособляется от государства.²¹³ В этом есть определенная логика, ибо адвокаты иногда остаются последним рубежом, обороняющим гражданина от произвола со стороны репрессивных органов исполнительной власти. С другой стороны адвокатура представляет собой союз профессионалов со своей этикой, корпоративными интересами и правилами поведения. Коммерческая составляющая в этой профессии играет немаловажную роль, и порой цеховые интересы могут преобладать над идеалами служения обществу. Поскольку любая корпорация стремится к максимальному доминированию в своей сфере деятельности, гипотетически можно предположить, что без определенных ограничительных механизмов адвокатура с удовольствием монополизировала бы право на оказание юридической помощи и при этом диктовала бы наиболее выгодные для себя условия в этом сегменте рынка²¹⁴. Поэтому, при

²¹² См. А.П. Галоганов Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 85, Яртых И.С. Адвокатура и власть. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 92-93, «Адвокатские коллегии: общественные объединения или юридические фирмы?» // Российская юстиция. 1998. № 12. С. 35

²¹³ «Адвокатура не на бумаге, а фактически не должна включаться в систему государственных органов и органов местного самоуправления. Адвокатов нельзя превращать в чиновников, они люди «свободной профессии». Именно при таком статусе возможна эффективная полемика с представителями государственных органов, причем не только в уголовном, но и гражданском судопроизводстве» Ю.И. Стецовский Адвокатура и государство. – М.: Юристъ, 2007. С. 83.

²¹⁴ «Не секрет, что сами представители юридической профессии заинтересованы в извлечении прибыли путем значительного ограничения предложения на рынке юридических услуг и установления высоких расценок. Это – тоже способ регулирования рынка юридических услуг, направленный на извлечение прибыли. Установлению и поддержанию такого способа регулирования профессиональной юридической деятельности способствует высокая организованность групп, заинтересованных в извлечении прибыли посредством оказания профессиональных юридических услуг, а также отсутствие информации о профессиональной юридической деятельности, доступной пониманию широкой публики» //

решении вопроса о реформировании системы адвокатуры необходимо найти, а затем сохранить весьма хрупкий баланс между интересами граждан, имеющих право на защиту, общества, заинтересованного в эффективном обеспечении этого права, и адвокатуры, справедливо претендующей на достойные условия труда и адекватную оплату этого труда. Проблема самоорганизации адвокатуры сложна, так как непосредственным образом связана с обеспечением независимости, как самого адвоката, так и адвокатских формирований. Независимость – необходимое условие для нормального осуществления адвокатской деятельности, поскольку в абсолютном большинстве случаев работа профессионального защитника связана с производственным конфликтом с правоохранительными органами, а значит с государством как таковым. В этих условиях для того, чтобы представлять своего доверителя должным образом, выражать его интересы свободно и честно, адвокат должен обладать определенными гарантиями неприкосновенности от необоснованного уголовного, административного и гражданско-правового преследования. Адвокат должен иметь особый правовой статус, оберегающий его от неправомерного давления со стороны оппонентов. В материальном и организационном плане адвокаты не должны зависеть от государства, механизм привлечения адвокатов к юридической ответственности за действия, связанные с осуществлением своих профессиональных обязанностей, должен предусматривать дополнительные гарантии соблюдения прав адвоката.

Очевидно, что в первую очередь адвокат вправе рассчитывать на защиту своего сословия, коллег по цеху и именно поэтому, в течение всей истории адвокатуры профессиональные защитники стремились к самоорганизации.²¹⁵ Осознавая важность этого процесса, государство всегда принимало живейшее в нем участие. Порой такое взаимодействие носило весьма драматический характер.²¹⁶ Иногда оно заканчивалось фактическим уничтожением адвокатуры как института.²¹⁷ Именно поэтому любые попытки государства реформировать адвокатуру «сверху» должны оцениваться осторожно и критически. Адвокатура обязана участвовать в этом реформировании и максимально отстаивать свои интересы всеми доступными способами.

Основной идеей рассматриваемого Указа является создание на базе Ассоциации адвокатов Узбекистана Палаты адвокатов. Предполагаемый круг полномочий этой Ассоциации описан

Регулирование профессиональной юридической деятельности в США и Европе: сравнительный анализ по материалам статьи Нуно Гарупа, Университет Нова, Лиссабон, Португалия, опубликованной Berkley Electronic Press на сайте <http://law.bepress.com/alea/14th/art42> в 2004 г. в переводе и обработке Татьяны Чернобиль, стажера Правовой Инициативы Института Открытого Общества, Нью Йорк, 2005 г.

²¹⁵ Особенно интересны, на наш взгляд, примеры из нового времени. Первой американской организацией адвокатов стала Ассоциация адвокатов города Нью-Йорка. «Она была основана в 1870 году группой людей, названной одним юристом «порядочными представителями профессии». Эта «порядочная часть» кипела негодованием по поводу укоренившейся коррупции среди адвокатов, судей и политиков Нью-Йорка. Несколькими годами позже, в 1878 году «семьдесят пять джентльменов» из адвокатуры, встретившись в Саратоге (штат Нью-Йорк), образовали национальное сообщество – Американскую ассоциацию юристов» Л. Фридман Введение в американское право. Москва Издательская группа «Прогресс», 1993. С. 201

²¹⁶ Народный комиссар юстиции Д.И. Курский 26 августа 1920 года написал в своем отношении в Президиум ВЦИК: «...представляется необходимым упразднить коллегии правозаступников, имевших к тому же тенденцию хотя бы в скрытой форме возрождать институт буржуазной адвокатуры с гонораром, самоуправлением и пр., перейти к привлечению лиц, способных вести защиту, в первую очередь выдающихся уголовных защитников из прежней адвокатуры, на началах трудовой повинности». Цит. по: А.П. Галоганов Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 40-41.

²¹⁷ «...на самом деле период 1917-1920 годов ознаменовался тотальным уничтожением русской адвокатуры, всего того прогрессивного и полезного, что было заложено в судебных реформах 60-х годов прошлого столетия....Многие бывшие присяжные поверенные были уничтожены физически, кто-то погиб в годы гражданской войны, сражаясь, в основном, в рядах Белой армии, кто-то умер от болезней, находясь в концентрационных лагерях, кое-кому удалось эмигрировать за границу. За период гражданской войны численность адвокатов в России сократилась с 13 тысяч в 1917 году до 650 адвокатов в 1921 году». А.П. Галоганов Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 42.

достаточно подробно и нет необходимости цитировать соответствующие части Указа в настоящем анализе. К сожалению, в Указе нет объяснений того, каким образом будет обеспечиваться независимость адвокатуры и как будет организовано обязательное членство адвокатов в Палате.

В ранее упомянутом Постановлении Министерству юстиции поручено совместно с Ассоциацией адвокатов Узбекистана в двухмесячный срок провести учредительную Конференцию Палаты адвокатов, «предусмотрев утверждение устава, и формирование Правления и Ревизионной комиссии, а также избрание председателя Палаты адвокатов Республики Узбекистан и его заместителей; обеспечить в установленном порядке государственную регистрацию Палаты адвокатов Республики Узбекистан» (пункт 2 Постановления). По мнению эксперта, для обеспечения юридической безупречности и легитимности, создаваемых таким образом структур, более целесообразным было бы осуществление этих действий после внесения соответствующих изменений в законодательство, поскольку правовой статус адвокатуры, как судопроизводственного и отчасти судоустройственного института, должен быть урегулирован на уровне законов, а не нормативных актов органов исполнительной власти.

Основной вопрос, который должен быть исследован в этой связи – насколько необходимо создавать объединение адвокатов на республиканском уровне, каковы при этом будут полномочия его местных (на уровне области, автономной республики и г. Ташкента) подразделений и как это отразится на независимости и свободе адвокатской профессии?

Для ответа на этот вопрос представляется интересным изучить опыт некоторых государств в области организации адвокатуры. В связи с ограниченным объемом настоящего исследования мы рассмотрим практику нескольких европейских стран, США и отдельных постсоветских республик.

Во Франции гражданин, желающий стать адвокатом должен получить высшее юридическое образование, не иметь судимости и взысканий за серьезные административные или дисциплинарные проступки, пройти обучение в течение года в Центре профессиональной подготовки, и сдать соответствующие экзамены. После этого он принимается в ассоциацию (орден) адвокатов и принимает присягу. Затем уже в качестве адвоката он проходит двухгодичную стажировку по специальности и получает свидетельство. Адвокаты объединены в ассоциации, существующие в каждом судебном регионе. Каждая ассоциация является независимой, самостоятельной организацией, действующей на основании собственного регламента, и обладает собственностью. Численный состав ассоциаций может быть разным – от нескольких человек, до нескольких тысяч адвокатов. Руководит деятельностью ассоциации Совет, возглавляемый председателем. Члены совета и председатель избираются самими членами ассоциации путем тайного голосования. На национальном уровне действует Совет ассоциаций адвокатов²¹⁸.

В Германии адвокатом может стать лицо, имеющее высшее юридическое образование, прошедшее стажировку в органах суда, прокуратуры, нотариата или адвокатуре, и сдавшее экзамен при Министерстве юстиции соответствующей административно-территориальной единицы (земли). Допуск к адвокатской практике выдает Министерство юстиции с учетом мнения коллегии адвокатов. Коллегия может отказать соискателю в его просьбе при наличии установленных в законе оснований. Характерно, что адвокат может работать только в том суде, к которому он приписан. Коллегии адвокатов образованы по территориальному признаку и объединяют адвокатов, работающих в суде конкретной «земли». Все коллегии входят в Федеральную палату адвокатов²¹⁹.

²¹⁸ Более подробно см.: Адвокатура во Франции. // Доступно в Интернете по адресу: http://www.sherbakova.ru/?_page=57

²¹⁹ Там же.

В Великобритании²²⁰ адвокатская профессия «является монополией определенной группы лиц, имеющей характер замкнутой корпорации».²²¹ Юридическая профессия делится на две различные группы: солиситоров и барристеров. Как правило, только барристер имеет право непосредственно участвовать в процессе и представлять интересы доверителя. Солиситоры оказывают юридические услуги населению и могут выступать в судах низшей юрисдикции. Поскольку барристеры ближе по своему правовому статусу к адвокатам в традиционном для постсоветского пространства понимании этого термина, рассмотрим организацию деятельности барристеров, хотя сообщество солиситоров сформировано на основе схожих принципов. Согласно сложившейся много веков назад традиции барристер должен состоять в одной из четырех судебных корпораций, называемых Иннами. Из членов этих корпораций, как правило, формируется судейский корпус, в прошлом барристеры приглашались также для выступления в качестве государственных обвинителей. Руководство Иннов осуществляет прием новых членов, проводит испытания вновь прибывших, организует обучение и стажировку, осуществляет дисциплинарный надзор за деятельностью адвокатов²²².

В США в связи со сложным федеративным устройством государства и относительно большой автономией штатов в определении собственного судебного-правового устройства порядок получения статуса адвоката и организация адвокатуры носят весьма разнообразный характер. Однако, можно определить некие общие признаки, суть которых состоит в том, что допуск к профессии разрешается специальной комиссией, формируемой либо ассоциацией адвокатов штата (Bar Association), либо по назначению суда или губернатора штата. Как правило, эта комиссия состоит из практикующих юристов. В большинстве штатов приобретение статуса адвоката возможно при вступлении в ассоциацию после сдачи соответствующего экзамена. Кроме этого, комиссия вправе провести проверку моральных качеств соискателя, представленных им документов, отсутствие у него судимостей, приводов в полицию и т.п. Разрешение на ведение дел в судах выдается лицам, допущенным к адвокатской практике в штате. Кроме нескольких штатов членство в ассоциации является обязательным. Характерно, что членство в ассоциации дает право не только на адвокатскую, но на юридическую практику вообще. То есть прокурорская служба и судебная должность также доступны только для членов Bar Association и нормы профессиональной этики носят универсальный для всех характер, хотя, конечно, применяются в зависимости от того, где именно в зале суда юрист занимает свое место. Ассоциации не только осуществляют контроль за соблюдением юристами профессиональной этики, но и защищают интересы профессионального сообщества, разрабатывают стандарты адвокатской деятельности, содействуют совершенствованию права, осуществлению правосудия и т. п. На общенациональном уровне действует организация, основанная на добровольном членстве - Американская ассоциация юристов²²³.

В России статус адвоката вправе приобрести лицо, имеющее высшее образование, стаж работы по юридической специальности либо прошедшее стажировку в адвокатском образовании. На основании заявления лица, удовлетворяющего вышеперечисленным требованиям, квалификационная комиссия, проведя, при необходимости, проверку достоверности представленных им документов, допускает соискателя к квалификационному экзамену, который состоит из тестирования и устного собеседования. Экзамен принимается квалификационной комиссией, которая действует на уровне региональной адвокатской палаты и состоит из тринадцати членов, семеро из которых – адвокаты, а остальные представители органов юстиции, суда и законодательного собрания. Успешно сдавший экзамен претендент приносит присягу, принимается в состав коллегии и таким образом приобретает статус адвоката. Основным органом управления адвокатским сообществом является адвокатская

²²⁰ А также в Ирландии и большинстве территории Австралии.

²²¹ М.А. Чельцов-Бебутов Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. СПб., «Альфа», 1995 г. С. 408.

²²² Там же с. 409.

²²³ Более подробно см.: Адвокатура в США // Доступно в Интернете по адресу: http://www.sherbakova.ru/?_page=57, Уильям Бернам Правовая система США. 3-ий выпуск. – М.: «Новая юстиция», 2006 г. С. 247-248, Л. Фридман Введение в американское право. Москва Издательская группа «Прогресс», 1993. С. 201-202

палата субъекта Российской Федерации. Для российских адвокатов членство в палате носит обязательный характер. Решения органов адвокатской палаты обязательны для всех ее членов. Высшим органом адвокатской палаты является собрание (конференция) адвокатов, которая тайным голосованием формирует совет адвокатской палаты и другие ее органы. На общероссийском уровне адвокатура представлена Федеральной палатой адвокатов, которая объединяет палаты субъектов федерации. Высшим органом Федеральной палаты является Всероссийский съезд адвокатов, который созывается из представителей региональных палат, имеющих равные права и равное представительство на съезде. Решения Федеральной палаты адвокатов и ее органов, принятые в пределах их компетенции, обязательны для всех адвокатских палат и адвокатов.²²⁴

В Казахстане адвокатом признается гражданин Республики Казахстан, имеющий высшее юридическое образование, получивший лицензию на право осуществления адвокатской деятельности, обязательно являющийся членом коллегии адвокатов, оказывающий юридическую помощь на профессиональной основе. Лицензия выдается Министерством юстиции на основе решения аттестационной комиссии юстиции. Состав аттестационной комиссии и регламент ее работы утверждается Министром юстиции. Лицензия выдается лицам, прошедшим стажировку от трех месяцев до одного года в коллегии адвокатов. Адвокатура в Казахстане организована на региональном уровне. В каждой области, городе республиканского значения действуют коллегии адвокатов, являющиеся некоммерческими, независимыми, профессиональными, самоуправляемыми и самофинансируемыми организациями адвокатов. Высшим органом коллегии адвокатов является общее собрание членов коллегии, которое тайным голосованием избирает исполнительный орган коллегии – Президиум, сроком на четыре года, и другие органы²²⁵. На национальном уровне действует общественное объединение адвокатов – Союз адвокатов Казахстана, который, однако, какими либо властно-распорядительными полномочиями по отношению к коллегиям адвокатов не обладает и выполняет лишь представительскую функцию. В принципе коллегии являются автономными в своей деятельности, какие-либо иные структуры, правомочные руководить адвокатурой в Казахстане, отсутствуют.

Таким образом, в рассмотренных нами странах, адвокаты объединены в профессиональные организации и, как правило, членство в этих организациях является обязательным для получения статуса профессионального защитника. Очевидно, что это не только дань традиции, но и продиктованная практикой потребность. Как справедливо замечено в Основных положениях о роли адвокатов, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений, в 1990 г.: «Профессиональные ассоциации адвокатов играют жизненную роль в поддержании профессиональных стандартов и этических норм, защищают своих членов от преследований и необоснованных ограничений и посягательств, обеспечивают юридическую помощь для всех, кто нуждается в ней, и кооперируются с Правительством и другими институтами для достижения целей правосудия и общественного интереса»²²⁶. Согласно некоторым исследованиям, в Европе только в Швеции и Финляндии²²⁷ нет ограничений в отношении лиц, осуществляющих юридическую практику. Не смотря на определенные различия в степени организации адвокатских сообществ, можно констатировать наличие профессиональных объединений на региональном уровне (коллегий, палат, ассоциаций). Следует признать, что, как правило, именно на этом уровне сконцентрированы основные полномочия адвокатских организаций по управлению сообществом: лицензирование, прием в членство, дисциплинарная практика, менеджмент и др. Очевидно, это самая оптимальная форма самоорганизации, поскольку только так можно добиться эффективного обеспечения

²²⁴ См. Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31.05.2002 г. № 63-ФЗ // Адвокатская деятельность и адвокатура. Сборник нормативных актов и документов / Под общ. ред. Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. – М.: Юристъ, 2005. С. 30-64.

²²⁵ См. ст.ст. 7, 9, 20, 22, 24 Закона республики Казахстан от 05.12.1997 г. № 195-І «Об адвокатской деятельности» // Юрист – справочная правовая система.

²²⁶ Доступно в Интернете по адресу: <http://zakon.kuban.ru/private/advokat/opra90.htm>.

²²⁷ См. Регулирование профессиональной юридической деятельности в США и Европе: сравнительный анализ по материалам статьи Нуно Гарупа, Университет Нова, Лиссабон, Португалия, опубликованной Berkley Electronic Press на сайте <http://law.bepress.com/alea/14th/art42> в 2004 г. в переводе и обработке Татьяны Чернобилль, стажера Правовой Инициативы Института Открытого Общества, Нью Йорк, 2005 г.

основных демократических принципов существования адвокатских сообществ: выборности и сменяемости органов управления, их подотчетности коллективу, невмешательства в деятельность адвокатов, коллегиальность и своевременность принятия решений. Как показывает анализ международного опыта, создание общенациональных адвокатских объединений необходимо в большей степени для осуществления функции представительства в органах законодательной и исполнительной власти, отстаивания интересов профессионального сообщества в процессе правотворчества и взаимодействия с центральными органами государственного управления. В тоже время, защита прав и законных интересов адвокатов, организация правовой помощи гражданам, управление профессиональным сообществом и решение кадровых вопросов наиболее эффективно на региональном уровне. Объективно приходится признать, что формирование общенациональных органов адвокатуры, типа Федеральной палаты адвокатов в России, происходит опосредованно для рядовых членов адвокатского сообщества, такого рода органы действуют в столице, что весьма способствует удалению этих структур от интересов и чаяний простых «избирателей». По мнению известного российского правоведа С.А. Пашина на республиканском уровне «...общее собрание адвокатов ... из-за их многочисленности и организационных проблем заведомо не может быть высшим органом управления адвокатуры»²²⁸. Адвокаты через собирающихся раз в год представителей в действительности не в состоянии по настоящему управлять деятельностью такой организации и в определенной степени становятся заложниками ее исполнительных органов. В итоге возникает риск бюрократизации профессионального сообщества, с которым по определению этого не должно происходить. Адвокат, как представитель свободной профессии, не должен быть подчинен многочисленным вышестоящим инстанциям и ограничен плодами их порой обильного нормотворчества. На наш взгляд, следует с осторожностью отнестись к идее чрезмерной централизации адвокатуры и формированию жестких иерархических структур «сверху», контролируемых или аффилированных с органами государственной власти. Идея создания Палаты адвокатов Узбекистана на основе обязательного членства всех адвокатов, аналогична той, которая предлагалась кыргызским законодателем в проекте закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре Кыргызской Республики». Как справедливо указал по этому поводу С.А. Пашин: «Очевидно, что такое образование не может не бюрократизироваться; оно довольно быстро приобретет квазигосударственные черты, оказавшись вместо органа самоуправления адвокатов инструментом их финансового и профессионального угнетения».²²⁹ В случае наделения Палаты адвокатов Узбекистана в полном объеме полномочиями по руководству адвокатурой, такого рода опасения станут вполне обоснованными и в отношении этого органа. Особенно актуальны эти риски в связи с предусмотренным в Постановлении правом Председателя Палаты назначать и освобождать от должности руководителей региональных управлений. Это право фактически ограничивает свободу этих структур и превращает Палату адвокатов в «Министерство адвокатуры» с подчинением нижестоящих звеньев вышестоящим. Очевидно, что ни о какой самостоятельности подразделений Палаты адвокатов на местном уровне в такой ситуации говорить не приходится.

Считаем, что основу организации адвокатского сообщества должны составлять объединения, формируемые непосредственно самими адвокатами на уровне области (столицы) и полагаем наиболее правильным отнести к их компетенции защиту прав и законных интересов адвокатов, вопросы приема новых членов, контроль за дисциплинарной практикой, организацию стажировки и повышения квалификации адвокатов и др. насущные аспекты деятельности. При этом очень важно посредством открытых и простых процедур формирования исполнительных органов адвокатских объединений, обеспечить исполнение ст. 24 Основных положений о роли адвокатов, в которой говорится: «Адвокатам должно быть предоставлено право формировать самоуправляемые ассоциации для представительства их интересов, постоянной учебы и переподготовки и поддержания их профессионального уровня. Исполнительные органы

²²⁸ Рекомендации эксперта Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ в связи с проектом закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности и адвокатуре Кыргызской Республики». Доступно в Интернете по адресу: <http://www.lexkz.net/UserFiles/File/pashin2RECKg2005augLawyers.pdf>

²²⁹ Там же.

профессиональных ассоциаций избираются их членами и осуществляют свои функции без внешнего вмешательства (выделено нами)».

В этой связи вызывает большую настороженность, отраженная в Постановлении идея избрания Председателя Палаты адвокатов и его заместителей по «представлению Министерства юстиции», а также назначение, а не избрание руководителей территориальных управлений Палаты адвокатов. Такой порядок может быть определен как не демократичный и указывает на желание исполнительной власти опосредованно вмешиваться в кадровую политику адвокатуры. Адвокатура, как ранее было замечено, является институтом гражданского общества, представляет собой самофинансируемое, не государственное сословие профессионалов, которое вправе самостоятельно определять лиц, полномочных осуществлять управленческие функции в своей среде. В действительности отсутствуют какие-либо разумные причины для наделения Министерства юстиции правом представлять кандидатуры Председателя Палаты и его заместителей для избрания на Конференции. Инициатива о выдвижении соответствующих кандидатур должна идти «снизу», от самого адвокатского сообщества, а не зависеть от рекомендаций чиновников от юриспруденции. Эксперту не известно из практики развитых демократических стран ни одного подобного примера вмешательства государства в деятельность адвокатуры. Считаем данные нормы Постановления противоречащими ст. 24 Основных положений о роли адвокатов.

Рекомендации:

1. При создании адвокатских объединений следует предусмотреть четкое разделение полномочий между региональными подразделениями и общегосударственным органом, отнеся к компетенции последнего только представительские функции, одновременно закрепив за местными объединениями адвокатов право на самоуправление и контроль за деятельностью адвокатов (прием в члены, дисциплинарную практику, регулирование вопросов финансового и материально технического обеспечения деятельности адвокатуры).
2. Предусмотреть формирование объединений адвокатов исключительно по инициативе самих адвокатов, посредством тайного прямого голосования адвокатами без какого либо участия в этом процессе государственных органов и их представителей.
3. Предусмотреть выборность и сменяемость представителей исполнительных органов адвокатских сообществ, как на региональном, так и на общенациональном уровне, а также их подотчетность рядовым членам корпорации.
4. Предусмотреть механизмы, исключаящие влияние государства на исполнительные органы адвокатских объединений.

Неудачное непродуманное реформирование адвокатуры может привести к непоправимым последствиям. Следует помнить, что адвокатура – институт гражданского общества, стоящий на страже прав человека и демократических ценностей. Любые кардинальные трансформации в этой области должны быть осуществлены на основе сотрудничества государства, общества и профессиональных объединений адвокатов с учетом мнения всех участников этих важных и сложных правовых отношений.

Август 2008 г.

ГОЛОВКО Л. В.
доктор юридических наук,
профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора юридического факультета
МГУ им. М. В. Ломоносова

Экспертное заключение
на проект закона Республики Казахстан «О внесении изменений и
дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по
вопросам оперативно-розыскной деятельности»²³⁰

Суть законопроекта

Указанным законодательным актом предполагается внести изменения и дополнения в ряд норм действующих УПК РК и Закона РК «Об оперативно-розыскной деятельности» от 15 января 1994 г. (далее Закон РК об ОРД). Многие из этих изменений и дополнений при всей своей важности имеют исключительно редакционно-технический характер: в данном заключении мы на них останавливаться не будем. В то же время подготовленный законопроект не ограничивается редакционно-техническими уточнениями уголовно-процессуального и оперативно-розыскного законодательства РК, также **существенно затрагивая права личности.**

Наиболее важным аспектом законопроекта является, по нашему мнению, желание его разработчиков расширить возможности для применения ряда процессуальных и оперативно-розыскных действий (мероприятий), ограничивающих такие фундаментальные права личности как право на неприкосновенность частной жизни, тайну телефонных и иных переговоров и т. п. Если законопроект будет принят в качестве закона, то совершение некоторых процессуальных действий и оперативно-розыскных мероприятий будет допускаться не только по делам об особо тяжких и тяжких преступлениях, но и по делам о **преступлениях средней тяжести.** Нововведение коснется процессуального действия в виде прослушивания и записи «переговоров» и «разговоров», предусмотренного ст. 237 УПК РК, а также **всех** т.н. «специальных оперативно-розыскных мероприятий». После уточнения перечня последних, предусмотренного ст. 11 Закона РК об ОРД (перечень предполагается изменить тем же законом), к таким мероприятиям будут относиться: 1) контроль почтово-телеграфных отправлений; 2) оперативный поиск на сетях связи; 3) негласное прослушивание и запись разговоров и переговоров (телефонных и с помощью иных технических средств); 4) снятие информации с технических каналов связи, компьютерных систем и иных технических средств; 5) оперативное проникновение, т. е. проникновение в жилище и иные помещения.

Именно получение в случае принятия закона правоохранными органами права совершения перечисленных выше процессуальных действий и оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих фундаментальные права личности, не только по делам об особо тяжких и тяжких преступлениях, *но и по делам о преступлениях средней тяжести,* собственно, и является предметом нашего экспертного анализа.

Реальные последствия принятия закона

Такого рода последствия, в том числе с точки зрения прав личности, не могут быть выявлены исключительно путем изолированного толкования интересующего нас положения

²³⁰ Настоящее заключение подготовлено при поддержке Центра ОБСЕ в Астане.

законопроекта. Для понимания их реального значения требуется системный анализ, в том числе путем сопоставления предлагаемых нововведений с теми положениями казахстанского законодательства, которые действуют в настоящее время и которые, судя по законопроекту, никто изменять, не собирается.

В связи с этим обратим внимание на ряд крайне важных положений действующего казахстанского законодательства. В соответствии со ст. 10 УК РК под преступлениями средней тяжести понимаются умышленно совершенные преступления, наказание за которые не превышает 5 лет лишения свободы и которые не относятся к преступлениям небольшой тяжести, а также все преступления, совершенные по неосторожности, наказание за которые превышает 5 лет лишения свободы. В соответствии с п. 4 ст. 12 Закона РК об ОРД совершение «специальных оперативно-розыскных мероприятий», т. е., иными словами, мероприятий, ограничивающих фундаментальные права личности, будет допускаться не только для раскрытия преступлений средней тяжести, но и для их *выявления, предупреждения и пресечения*. В соответствии с ч. 1 ст. 237 УПК РК при расследовании по делам о преступлениях средней тяжести будет допускаться прослушивание и запись разговоров и переговоров не только подозреваемого и обвиняемого, но и любых «других лиц, которые могут располагать сведениями о преступлении».²³¹

К чему это все приведет, если рассматривать указанные нормы в их совокупности? В качестве наглядной иллюстрации *реальных* последствий принятия законопроекта возьмем для примера отдельные преступления средней тяжести, общественная опасность которых сама по себе никаких сомнений не вызывает. Преступлением средней тяжести является, допустим, незаконное предпринимательство, сопряженное с извлечением дохода в особо крупном размере, т. е. дохода, превышающего 2 тыс. месячных расчетных показателей (ч. 2 ст. 190 УК РК). Понятно, что при обнаружении признаков подобного преступления, необходимо возбуждать уголовное дело, расследовать его и добиваться в суде заслуженного наказания. Понятно также, что вину обвиняемого необходимо доказать. Однако, после принятия законопроекта следственные органы получают право прослушивать разговоры и переговоры не только подозреваемого и обвиняемого, но и любых лиц, с которыми он когда-либо в своей жизни вступал в контакт, в том числе самый незначительный, или даже не вступал, но мог вступить, поскольку такие лица «могут располагать сведениями о преступлении» (ч. 1 ст. 237 УПК в предполагаемой редакции). Самое главное, что круг таких лиц является *неопределенным*, и в него может попасть *любой законопослушный* гражданин, так как лица, занимающиеся незаконным предпринимательством, не образуют какую-либо особую преступную среду, будучи в социальном смысле интегрированы в обычную социальную среду, состоящую в большинстве своем из граждан, никогда в своей жизни не нарушавших уголовный закон, чьи фундаментальные права, тем не менее, смогут теперь на вполне законном основании подвергаться очень существенным ограничениям. Более того, Закон РК об ОРД будет допускать проведение специальных оперативно-розыскных мероприятий, включая прослушивание разговоров и переговоров, оперативное проникновение в жилище и т. д., не только для раскрытия обнаруженных преступлений, но также для *выявления, предупреждения и пресечения* все того же незаконного предпринимательства. Получается, что для того, чтобы *выявить* случаи незаконного предпринимательства, можно подвергнуть специальным оперативно-розыскным мероприятиям, причем на вполне законном основании, любое количество лиц, в отношении которых нет ни малейших данных о совершении ими какого-либо преступления. *Иначе говоря, им можно будет подвергнуть каждого*. Вопрос «на каком основании меня прослушивают или ко мне в мое отсутствие проникли в квартиру?» потеряет всяческий смысл, поскольку на него всегда можно будет ответить «Мы лично к Вам не имеем

²³¹ Попутно заметим, что в такой ситуации почти полностью дезавуируется правило, содержащееся в ч. 2 ст. 237 УПК РК, согласно которому прослушивание свидетелей и потерпевших допускается лишь «с их ведома» при наличии угроз, вымогательства и т. д. Но свидетель и потерпевший, безусловно, относятся к «лицам, которые могут располагать сведениями о преступлении», поэтому их прослушивание может совершенно спокойно осуществляться по правилам ч. 1 ст. 237, т. е. без всякого «ведома». Можно, конечно, предположить, что норма о «ведоме» имеет смысл для дел о преступлениях небольшой тяжести, по которым прослушивание по ч. 1 ст. 237 на сегодняшний день исключено, но этот смысл оказывается мнимым, поскольку дела о преступлениях небольшой тяжести никак не сочетаются с угрозами, вымогательством и прочими атрибутами опасной преступности.

претензий, но мы вправе *выявлять* тех, кто занимается незаконным предпринимательством, и мы должны были убедиться, что Вы не входите в их число, т. е. наши действия вполне законны».

Возьмем для примера другое преступление средней тяжести – нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств лицами, управляющими транспортными средствами, если такое деяние повлекло по неосторожности смерть двух и более лиц (ч. 3 ст. 296 УК РК). Не вызывает сомнений, что лица, чьи действия повлекли столь тяжкие последствия, заслуживают весьма сурового наказания. Проблема в другом: для максимально быстрого выявления или раскрытия такого рода деяний закон будет позволять ставить прослушивающие устройства в любой автомобиль или прослушивать телефонные переговоры любого водителя или владельца транспортного средства, поскольку каждый автомобилист гипотетически может совершить по неосторожности деяние, предусмотренное ч. 3 ст. 296 УК РК. Возможность выявления путем специальных оперативно-розыскных мероприятий преступлений, совершенных по *неосторожности*, вообще снимает какие-либо барьеры на пути их применения, поскольку от неосторожности не застрахован ни один, даже самый добросовестный, человек.

Говоря о реальности наступления описанных последствий, мы никоим образом не настаиваем на том, что казахстанские правоохранительные органы непременно начнут злоупотреблять дополнительными полномочиями, которые будут им предоставлены новым законом. Напротив, в их благих намерениях и профессионализме никто не сомневается. Но правовая система и правовое регулирование не могут исходить из личных качеств большинства сотрудников правоохранительных органов. Предусматривая суровую уголовную ответственность, скажем, за убийство, т. е. деяние, которое ни при каких обстоятельствах не совершит подавляющее большинство людей, законодатели всех стран исходят из наличия узкой группы лиц, чье поведение отклоняется от общепринятой системы этических норм. Ограничивая полномочия правоохранительных органов, мы также должны ориентироваться не на правило, а на гипотетические исключения из него.

В целом, основная проблема анализируемого законопроекта заключается, на наш взгляд, в том, что его принятие создает возможность ограничивать на вполне законных основаниях фундаментальные права абсолютно любого гражданина, в том числе такого гражданина, который никогда в своей жизни не нарушал и не собирается нарушать уголовный закон. И именно подобный подход вызывает наибольшие возражения, поскольку он характерен не для правового, но для *полицейского государства*, где тотальный контроль спецслужб осуществляется не только за лицами, в отношении которых есть данные о совершении ими крайне опасных для общества преступлений, но и за всеми остальными гражданами без исключения. В такой ситуации представляется необходимым обратиться к международно-правовым подходам, поскольку они выработывались для решения проблем, аналогичных тем, с которыми столкнулся казахстанский законодатель. Мы имеем в виду поиск разумного баланса между необходимостью эффективной борьбы с преступностью и уважением индивидуальных прав и свобод. Поиск такого рода баланса и есть одна из ключевых черт, отличающих правовое государство от государства полицейского.

Международно-правовой подход

Право на неприкосновенность частной жизни рассматривается, с международно-правовой точки зрения, как одно из фундаментальных прав личности, что, в частности, нашло отражение в ст. 17 *Международного пакта о гражданских и политических правах* (далее – МПГПП), в соответствии с которой никто не должен подвергаться «произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность его жилища или тайну его корреспонденции...». Особое значение при толковании данного принципа имеют решения и заключения *Комитета по правам человека* ООН, наделенного, в частности, правом оценивать национальные правовые нормы соответствующих стран на предмет их соответствия принципам, содержащимся в МПГПП.

Комитет по правам человека неоднократно, в том числе в последние годы, высказывал свою позицию по поводу критериев, которым должны соответствовать предусматриваемые различными государствами полицейские (оперативно-розыскные) и (или) уголовно-процессуальные меры, сопряженные с вторжением в сферу частной жизни граждан, с точки зрения принятого на себя государствами обязательства соблюдать принцип, содержащийся в ст. 17 МПГПП. Так, в своих замечаниях по докладу Португалии, представленному в порядке ст. 40 МПГПП, Комитет по правам человека указал, что предусмотренные португальским законодательством особые средства по собиранию информации, наличие которых объясняется необходимостью борьбы с терроризмом, могут иметь лишь *исключительный* характер, что должно полностью исключать малейший риск злоупотребления соответствующими полномочиями со стороны правоохранительных органов, т. е. должны быть четкие законодательные гарантии, что подобные меры не будут применяться за рамками борьбы с терроризмом. В противном случае Португалия нарушит ст. 17 МПГПП (п. 15 Замечаний по докладу Португалии, 78-я сессия Комитета по правам человека ООН, 17 сентября 2003 г.). Несколько позже Комитет по правам человека потребовал от Албании дать четкий ответ на вопрос: «Какие механизмы судебного контроля предусматриваются албанским законодательством при применении оперативно-розыскных мер, ограничивающих конфиденциальность сообщений, переговоров и разговоров?» (п. 20 Списка вопросов, поставленных перед Албанией при рассмотрении ее доклада, 81-я сессия Комитета по правам человека ООН, 13 августа 2004 г.). Пожалуй, в наиболее развернутом виде Комитет по правам человека сформулировал свои требования по применению ст. 17 МПГПП в замечаниях по докладу Гонконга, где высказал свою озабоченность по поводу того, что хотя право перехватывать любые сообщения (в том числе устные) и осуществлять тайное наблюдение основано в Гонконге на законе, однако закон не содержит четких пределов, ограничивающих соответствующую компетенцию правоохранительных органов, которая слишком размыта. Более того, Комитет по правам человека указал Гонконгу на необходимость принятия законов, обеспечивающих механизм защиты лиц, оспаривающих правомерность вмешательства в их частную жизнь, включая механизм возмещения причиненного им такими действиями вреда (п. 12 Замечаний по докладу специального административного региона Гонконг, 86-я сессия Комитета по правам человека ООН, 13-31 марта 2006 г.).

В целом, если обобщить позицию Комитета по правам человека ООН²³² по поводу требований, предъявляемых к государствам, с точки зрения соблюдения ими ст. 17 МПГПП, то можно выделить следующие сформулированные им стандарты использования специальных полицейских (оперативно-розыскных) и (или) уголовно-процессуальных мер, связанных с ограничением неприкосновенности частной жизни:

1) такие меры могут иметь лишь *исключительный характер*, т. е. применяться для борьбы с наиболее опасными посягательствами на интересы общества, круг которых четко очерчен в законе, при отсутствии даже теоретической возможности использования их в других случаях, в том числе в случае совершения или угрозы совершения преступлений, выходящих за рамки указанного круга;

2) такие меры должны ограничиваться четко очерченными в законе пределами применения, причем не только по кругу деяний, но и по кругу лиц, которые могут быть им подвергнуты;

3) такие меры должны сопровождаться судебным контролем, а также эффективным механизмом защиты лиц, им подвергнутых, включая возмещение причиненного им вреда.

Неприкосновенность частной жизни охраняется на международно-правовом уровне не только МПГПП, но и иными международно-правовыми актами, среди которых особое место занимает Европейская конвенция по защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее – ЕКЗПЧОС). Невзирая на ее региональный характер, думается, что ст. 8 данной Конвенции²³³, а также практика Европейского суда по правам человека в Страсбурге не могут не представлять

²³² Мы здесь привели отнюдь не исчерпывающий перечень случаев толкования Комитетом по правам человека ООН ст. 17 МПГПП.

²³³ Невзирая на некоторые редакционные расхождения, ст. 8 ЕКЗПЧОС по смыслу мало чем отличается от ст. 17 МПГПП, поэтому мы здесь не будем воспроизводить ее текст.

интереса для казахстанского законодателя, поскольку не вызывает сомнений, что казахстанское право развивается в русле континентальных европейских традиций.

Европейский суд по правам человека в Страсбурге (ЕСПЧ) неоднократно обращался в своих решениях к вопросам, связанным с толкованием ст. 8 ЕКЗПЧОС. Пожалуй, самым известным его решением по вопросу о правомерности применения правоохранительными органами в целях борьбы с преступностью прослушивания переговоров и разговоров частных лиц является решение по делу Крюслена (Kruslin) и Ювига (Huvig) против Франции, вынесенное 24 апреля 1990 г. С тех пор ЕСПЧ неоднократно обращался к тому же вопросу, в том числе в условиях развернувшейся в последние годы борьбы с терроризмом, однако его принципиальная позиция, сформулированная по указанному делу, не изменилась. Обратим внимание, что к моменту рассмотрения дела Крюслена и Ювига французское законодательство допускало возможность «прослушивания» только по официально возбужденным уголовным делам, по которым проводится предварительное следствие, и только по решению представителя судебной власти – следственного судьи (иными словами, речь шла не о полицейской, но о судебной мере). Однако, даже в таких условиях ЕСПЧ «осудил» Францию, признав, что она нарушает ст. 8 ЕКЗПЧОС, поскольку ее уголовно-процессуальное законодательство не определяет с «достаточной ясностью сферу распространения и механизм принятия решения об использовании соответствующих властных полномочий», не предусматривает «надлежащие гарантии против возможных злоупотреблений правом на прослушивание, в частности, не содержит указания на категории лиц, чьи переговоры могут прослушиваться по судебному решению, на природу преступлений, по делам о которых оно может производиться...» (решение ЕСПЧ от 24 апреля 1990 г. по делу Крюслена и Ювига). Нельзя не обратить внимание на важнейшее последствие данного решения: аксиомой стал тезис о том, что потенциальное ограничение права на неприкосновенность частной жизни *не может иметь общего характера*. Иными словами, правоохранительные органы не должны обладать правом прослушивания неопределенного круга лиц – прослушиванию, по общему правилу, могут подвергаться лишь лица, подозреваемые или обвиняемые в совершении преступления.²³⁴

В целом, не вызывает сомнений, что позиция Европейского суда по правам человека в Страсбурге не расходится в интересующем нас вопросе с позицией Комитета по правам человека ООН. В такой ситуации можно говорить о выработке подлинных международно-правовых стандартов при ограничении фундаментального права на неприкосновенность частной жизни. Эти стандарты находят отражение в законодательстве многих государств, что уже связано со сравнительно-правовым подходом к проблеме.

Сравнительно-правовой подход

Надо признать, что в интересующей нас области законодательство далеко не всех государств соответствует выделенным выше международно-правовым стандартам, хотя вектор развития почти повсеместно направлен в сторону приближения к ним. В качестве образцов для сравнительно-правового анализа мы выбрали три страны – Российскую Федерацию, Францию и Швейцарию – прежде всего, потому, что речь идет о странах континентальной правовой традиции, чьи правовые подходы и проблемы, особенно в случае с Россией, весьма близки казахстанским правовым подходам и проблемам.

А) Российская Федерация

На первый взгляд, казахстанская реформа находится в одной плоскости с недавними изменениями российского законодательства. Речь идет о Законе РФ от 24 июля 2007 г. «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия экстремизму», в соответствии с которым производство следственного действия, предусмотренного ст. 186 УПК РФ («Контроль и запись переговоров»), а также осуществление соответствующих оперативно-розыскных

²³⁴ См.: Renucci J.-F. *Droit européen des droits de l'homme*. Paris. L.G.D.J. 1999. P. 114.

мероприятий, ограничивающих конституционные права на неприкосновенность частной жизни, тайну переписки и т. д. («прослушивание», «снятие информации с технических каналов связи» и др.) и предусмотренных Законом РФ «Об оперативно-розыскной деятельности», теперь допускается не только по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, но и о преступлениях *средней тяжести*. В то же время рассмотрение российской реформы в качестве некоего сравнительно-правового примера для казахстанского законодателя было бы явно преждевременным.

Во-первых, применение отмеченных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий по всем преступлениям средней тяжести, подавляющее большинство которых не имеет никакого отношения к «экстремизму» и «противодействию» ему, выглядит как очень сомнительное законодательное решение, критикуемое многими представителями российской доктрины именно за отход от международно-правовых стандартов. Какое отношение имеют к экстремизму, скажем, все «неосторожные преступления», наказуемые свыше 2-х лет лишения свободы (ст. 15 УК РФ)? В этом смысле решение российского законодателя распространить сферу действия соответствующих законодательных положений на все преступления средней тяжести вряд ли достойно подражания.

Во-вторых, при всей сомнительности российского нововведения оно имеет много менее опасные последствия, нежели предполагаемая казахстанская реформа. Не стоит забывать, что производство как следственного действия, предусмотренного ст. 186 УПК РФ, так и указанных оперативно-розыскных мероприятий может происходить *исключительно на основании судебного решения*, т. е. здесь Россия по-прежнему соблюдает международно-правовые стандарты, связанные с судебным контролем (в Казахстане их пока нет).²³⁵ Кроме того, очень важно, что в России в соответствии со ст. 8 Закона РФ об ОРД прослушивание телефонных и иных переговоров может производиться только «в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений», в том числе отныне средней тяжести, а также в отношении «лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях». Иначе говоря, российское законодательство *не позволяет* прослушивать телефонные и иные переговоры, а также совершать любые другие оперативно-розыскные мероприятия, именуемые в Казахстане «специальными», для выявления или предупреждения совершения преступлений средней тяжести. В такой ситуации прослушивание допускается в России лишь при наличии подозрения или обвинения в совершении преступления, данные о чем необходимо предъявить суду, что исключает «профилактический» полицейский контроль и соответствует международно-правовым стандартам.

Б) Франция

Прежде всего, необходимо отметить одну принципиальную деталь: во Франции, как и в большинстве других западных стран, не существует такого понятия как «оперативно-розыскная деятельность». Любая полицейская деятельность, направленная на борьбу с преступностью, регулируется исключительно уголовно-процессуальным законодательством.

Второе принципиальное отличие заключается в том, что до недавнего времени т. н. «прослушивание и перехват сообщений» допускалось лишь в ходе предварительного следствия, которое проводится, как известно, во Франции следственным судьей – полноправным представителем судебной власти, обладающим полноценным статусом судьи. В такой ситуации не должен вводить в заблуждение тот факт, что Закон от 10 июля 1991 г., принятый после «осуждения» Франции Европейским судом по правам человека в Страсбурге, о чем говорилось выше, и дополнивший УПК Франции специальной главой «О перехвате сообщений, передаваемых с помощью средств телекоммуникации», предусмотрел возможность применения данной меры по всем делам о преступлениях, наказуемых двумя и

²³⁵ В остальном ст. 186 УПК РФ в нынешней редакции имеет только одно существенное отличие от предполагаемой редакции ст. 237 УПК РК: в России не допускается прослушивание «разговоров» (только «переговоров»). Но данная проблема выходит за рамки настоящего заключения. Что касается возможности прослушивания «других лиц», то все критические соображения, высказанные нами выше по поводу казахстанской реформы, вполне могут быть адресованы и российскому законодателю.

более годами лишения свободы, что формально соответствует российским или казахстанским преступлениям средней тяжести, тяжким и особо тяжким преступлениям. На самом деле в производство следственного судьи поступает не более 1 % уголовных дел о самых опасных преступлениях (остальные расследуются полицией). Речь идет о делах, по которым возбуждено официальное уголовное преследование и которые полностью приняты по требованию прокурора к производству судебной властью. Данная категория дел и имеющиеся по ним процессуальные гарантии никак не сравнимы с теми делами, по которым казахстанский законодатель собирается допустить прослушивание в рамках сугубо «полицейской» оперативно-розыскной деятельности и «полицейского» (т. е. не судебного) расследования.

Что касается полиции, то она по общему правилу применять прослушивание при расследовании преступлений не вправе во Франции вовсе. Из этого правила недавно сделано только одно исключение, введенное Законом от 9 марта 2004 г. Оно касается лишь т. н. «дел, связанных с организованной преступностью», т. е. дел об особо опасных преступлениях, *исчерпывающий* перечень которых дан в ст. 706-73 УПК Франции (умышленное убийство, совершенное организованной бандой; торговля наркотиками; терроризм и т. д.). Данный перечень, разумеется, даже отдаленно не сравним со всеми преступлениями средней тяжести, тяжкими и особо тяжкими преступлениями, включая не только умышленные, но и неосторожные, по которым «прослушивание» и прочие подобные меры будут разрешены в Казахстане. Обращает на себя внимание еще один нюанс: когда законодатель не на словах, а на деле стремится создать средства для борьбы с самыми опасными для общества преступлениями, то он, как во Франции, мыслит не «категориями» преступлений, а конкретными составами, представляющими особую опасность для общества с точки зрения уголовной политики. Такой подход традиционен для западного права, но он почему-то игнорируется как в России, так и в Казахстане.

В) Швейцария

Швейцарский подход к интересующей нас проблеме вызывает особый интерес в связи с принятием 5 октября 2007 г. нового швейцарского УПК – первой общефедеральной уголовно-процессуальной кодификации, призванной заменить разрозненное кантональное уголовно-процессуальное законодательство. Несмотря на то, что УПК Швейцарии еще не вступил в силу, он признается, пожалуй, самым совершенным на сегодняшний день уголовно-процессуальным кодексом с точки зрения юридической техники. Обратим также внимание, что в Швейцарии, как и во Франции, отсутствует т. н. «оперативно-розыскное законодательство», т. е. **все** соответствующие меры регулируются на уровне законодательства уголовно-процессуального.

Новый УПК Швейцарии допускает прослушивание (перехват) как «переговоров», так и «разговоров». Что касается **переговоров**, то их прослушивание возможно лишь при *одновременном* наличии трех условий: а) речь должна идти об одном из наиболее опасных составов преступлений, исчерпывающий перечень которых приведен в ст. 269 УПК (опять-таки регулирование на уровне не категории преступлений, а конкретного «списка» составов); б) применение «прослушивания» должно быть оправдано с учетом тяжести конкретного деяния; в) не удастся получить доказательства иным, более традиционным, способом. Но даже с учетом указанных условий, прослушиваться может не «любое лицо», способное предоставить информацию, как это имеет место в России или в Казахстане, но строго ограниченный круг лиц. Так, в соответствии со ст. 270 УПК Швейцарии прослушивание осуществляется путем подключения соответствующей аппаратуры к телефону или иному техническому устройству а) либо подозреваемого – обвиняемого (*prévenu*)²³⁶; б) либо третьего лица, если есть сведения,

²³⁶ Согласно ст. 111 УПК Швейцарии *prévenu* – это «лицо, против которого осуществляется уголовное преследование», т. е. «любое лицо, которое вследствие упоминания в сообщении или в жалобе о преступлении либо вследствие процессуального акта (действия), составленного или произведенного ведущим производство по уголовному делу органом, подозревается, преследуется или обвиняется в связи с совершением преступления». Иначе говоря, данный статус охватывает и статус подозреваемого, и статус обвиняемого.

что подозреваемый – обвиняемый использует телефон или иное техническое устройство третьего лица, или если есть сведения, что третье лицо получает информацию либо для подозреваемого – обвиняемого, либо от подозреваемого – обвиняемого для передачи другим лицам. Ни в каких иных случаях «третьи» или «другие» лица прослушиваться не могут. Кроме того, для прослушивания, разумеется, требуется судебное решение.

Что касается прослушивания простых **разговоров**, то в данном случае прослушиваться могут лишь разговоры подозреваемого – обвиняемого. Жилище или автотранспортное средство лица, не являющегося подозреваемым – обвиняемым, может прослушиваться лишь при наличии оснований полагать, что в нем в данный момент находится подозреваемый – обвиняемый (ст. 281 УПК).

Не вызывает сомнений, что новое швейцарское уголовно-процессуальное законодательство полностью соответствует всем международно-правовым стандартам, оставаясь при этом достаточно эффективным с точки зрения новых методов борьбы с преступностью.

Вывод

Анализ представленного законопроекта и его сопоставление с международно-правовыми требованиями и сравнительно-правовыми подходами позволяют прийти к выводу, что после проведения предполагаемой реформы казахстанское уголовно-процессуальное и оперативно-розыскное законодательство **не будет** соответствовать международно-правовым стандартам, выработанным, в частности, Комитетом по правам человека ООН на основании толкования ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах. Со сравнительно-правовой точки зрения, оно также будет значительно отставать от лучших зарубежных образцов.

При этом основная проблема заключается в том, что в случае принятия законопроекта в качестве закона и его применении в системе уже действующих в Казахстане норм и с учетом уже сложившихся здесь подходов, *создастся ситуация, при которой законные основания для вмешательства в частную жизнь (для прослушивания, оперативного проникновения в жилище и т. д.) будут возникать отнюдь не только в отношении лиц, совершивших преступления средней тяжести, но фактически в отношении любого гражданина, в том числе никогда не совершавшего никаких преступлений.* Такое положение дел в правовом государстве недопустимо.

Кроме того, нет никакой уверенности в том, что принятие законопроекта создаст дополнительные условия для эффективной борьбы с по-настоящему опасной для общества преступностью. При явных отрицательных последствиях принятия данного закона для фундаментальных прав граждан, его позитивный эффект с точки зрения борьбы с преступностью остается весьма туманным.

Май 2008 г.

ГОЛОВКО Л. В.
доктор юридических наук,
профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора юридического факультета
МГУ им. М. В. Ломоносова

Экспертное заключение
на проект Закона Республики Казахстан «О внесении дополнений и
изменений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по
совершенствованию уголовного, уголовно-процессуального законодательства,
законодательства о защите лиц в уголовном процессе и об оперативно-
розыскной деятельности»²³⁷

Суть законопроекта

Представленный законопроект предполагает внесение изменений в ряд законодательных актов Республики Казахстан: УК, УПК, Закон об оперативно-розыскной деятельности (ОРД) и Закон о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе. При этом составители законопроекта собираются усовершенствовать именно законодательство о защите лиц в уголовном процессе и отчасти уголовно-процессуальное законодательство. Что касается уголовного законодательства и законодательства об оперативно-розыскной деятельности, то вносимые в них изменения имеют сугубо акцессорную природу, связаны с предполагаемым изменением подходов к регулированию защиты лиц в уголовном процессе и вряд ли нуждаются в специальном анализе, по крайней мере, в рамках данного заключения. Именно по этой причине мы не будем отдельно останавливаться на изменениях, вносимых в УК РК и Закон РК об оперативно-розыскной деятельности.

Нельзя также не обратить внимание, что дополнение, вносимое в ч. 4 ст. 223 УПК РК, стоит в анализируемом законопроекте особняком, поскольку напрямую не связано с защитой лиц в уголовном процессе и применением мер безопасности. В то же время оно заслуживает внимания, поэтому будет нами рассмотрено в данном заключении отдельно.

Представляется, что составители законопроекта преследуют **две цели**:

А) провести техническую ревизию положений казахстанского законодательства о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе, и уголовно-процессуального законодательства (в части опять-таки защиты лиц в уголовном процессе), уточнить некоторые детали, усовершенствовать отдельные нормы и институты и т. д. (данную цель мы обозначим в качестве *технической составляющей* законопроекта);

Б) расширить сферу применения механизмов защиты лиц, участвующих в борьбе с преступностью, распространив их не только на уголовно-процессуальную деятельность, но и на деятельность оперативно-розыскную (данную цель мы обозначим в качестве *концептуальной составляющей* законопроекта).

Не вызывает сомнений, что именно концептуальная составляющая законопроекта, прежде всего, требует анализа и оценки, хотя нельзя, конечно, обойти вниманием и его техническую составляющую.

²³⁷ Настоящее заключение подготовлено в рамках проекта Центра исследования правовой политики при поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, могут не совпадать с позицией БДИПЧ ОБСЕ и отражают авторскую точку зрения. Автор заключения Л. В. Головкин, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова

Однако, отраженную в законопроекте концепцию невозможно рассматривать в отрыве от подхода, заложенного в *действующем* Законе РК от 5 июля 2000 г. о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе, поскольку, с теоретической и сравнительно-правовой точек зрения, данный подход отличается немалой спецификой.

Специфика казахстанского законодательства о защите лиц в уголовном процессе

В теории уголовного процесса (если пока абстрагироваться от казахстанского законодательства) проблема защиты участников уголовного процесса рассматривается исключительно в контексте сложной и до конца еще не решенной *дилеммы*. С *одной стороны*, современное уголовно-процессуальное право содержит немало общеизвестных принципов, повсеместно считающихся сегодня непреложными и не подлежащих сколько-нибудь существенным ограничениям, таких как гласность и непосредственность судебного разбирательства, обеспечение сторонам права на доступ ко всем материалам уголовного дела и, что, быть может, особенно важно, обеспечение обвиняемому права непосредственно допросить показывающих против него свидетелей (данное право закреплено, например, в § 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод). С *другой стороны*, по некоторым категориям уголовных дел попадающие в орбиту уголовного судопроизводства люди, от которых государство требует определенного поведения в качестве не их профессиональных обязанностей, а гражданского долга,²³⁸ все чаще и чаще подвергаются давлению и угрозам, иногда даже сопряженным с риском для жизни. Речь в данной ситуации, прежде всего, идет о свидетелях, потерпевших и отчасти экспертах, хотя здесь надо учитывать, что в некоторых процессуальных системах все названные участники уголовного судопроизводства рассматриваются в качестве «свидетелей» в широком смысле (например, в англосаксонских уголовно-процессуальных системах).

Данная дилемма с большим или меньшим успехом решается в последние десятилетия в разных странах с помощью специальных правовых норм, направленных на поиск баланса между хрестоматийными уголовно-процессуальными гарантиями при осуществлении уголовного преследования и необходимостью не подвергать опасности жизнь и здоровье свидетелей и потерпевших. Законодатели, не ставя под сомнение фундаментальные права обвиняемого, либо одновременно создают сугубо процессуальные механизмы, смягчающие жесткую обязанность свидетеля давать показания непосредственно в зале суда под пристальным наблюдением обвиняемого или ограничивающие доступ к персональным данным свидетеля в открытых для изучения материалах дела, либо защищают свидетеля не процессуальными методами (так называемая «физическая защита свидетеля», в том числе включающая ставшие уже почти легендарными на постсоветском пространстве «изменение внешности» или «переселение на другое место жительства»). В то же время подобные механизмы и методы могут применяться только в качестве исключения из общего правила, то есть лишь по отдельным категориям уголовных дел (скажем, по делам, связанным с организованной преступностью) или в отношении отдельных категорий свидетелей и потерпевших (допустим, несовершеннолетних). Столь осторожный и продуманный подход нашел, например, отражение в объяснительной записке к испанскому Закону о защите свидетелей и экспертов в уголовных делах от 23 декабря 1994 г., где сказано: «очевидно, что гарантии, предусмотренные в отношении свидетелей и экспертов, не могут иметь абсолютного и неограниченного характера, то есть не могут нарушать принципы уголовного процесса. Отсюда вытекает, что настоящий закон направлен на то, чтобы сделать возможным разумный баланс между правами обвиняемого и правами свидетелей, экспертов, а также членов их

²³⁸ Не будем здесь подробно останавливаться на отличиях, так как, по нашему мнению, они очевидны: профессиональные обязанности, даже самые трудные и опасные, есть результат осознанного выбора человека (к тому же результат оплачиваемый), тогда как гражданский долг никакого выбора не предполагает. Так, случайно что-то увидевший человек не имеет никакого права на выбор в вопросе о даче свидетельских показаний, если его показания необходимы для расследования и разрешения уголовных дел.

семей».²³⁹ Аналогичные идеи в обобщенном виде проведены в Рекомендации № R (97) 13 «Давление на свидетелей и право на защиту от обвинения», принятой в 1998 г. Комитетом министров государств – членом Совета Европы и адресованной национальным законодателям данных государств.

Таким образом, теоретический и сравнительно-правовой анализ показывает, что специальные нормы о защите участников уголовного процесса (имеющие уголовно-процессуальную природу и включаемые по этой причине в текст уголовно-процессуального закона или ее не имеющие и реализуемые на уровне автономного законодательного акта) необходимы и оправданы только при *одновременном* наличии двух условий:

1) данные нормы должны касаться только тех участников уголовного процесса, которым угрожает или может угрожать опасность, для которых уголовно-процессуальная деятельность *не является деятельностью профессиональной*, но без которых невозможно достичь целей уголовной юстиции или, говоря более конкретно, невозможно установить обстоятельства, подлежащие доказыванию (к таким участникам относятся, прежде всего, свидетель и потерпевший, но также, допустим, обвиняемый, дающий показания в отношении другого обвиняемого, или эксперт, не являющийся сотрудником правоохранительных органов и т. д.)²⁴⁰;

2) данные нормы должны появляться только в тех ситуациях, когда в силу хрестоматийных принципов уголовного процесса информация, исходящая от непрофессиональных участников уголовного процесса не может не иметь *открытого* характера, а сами эти участники не могут не быть легко *идентифицируемы* (самый характерный пример – показания свидетеля, которые он обязан дать в суде в присутствии обвиняемого; другой пример – право обвиняемого знакомиться во всеми материалами дела по окончании предварительного расследования, в том числе со всеми протоколами допросов, где в обязательном порядке указываются личные данные о свидетеле).

При отсутствии данных условий конструирование специальных норм о защите участников уголовного процесса либо бессмысленно и курьезно (скажем, следователю по каким-то причинам можно рекомендовать носить бронежилет, но для этого специальный закон не нужен), либо представляет опасность с точки зрения прав личности и фундаментальных принципов уголовного процесса (допустим, полное засекречивание материалов уголовного дела).

Теперь необходимо выяснить, в какой мере *действующее* казахстанское законодательство соответствует названным условиям.

Если с точки зрения второго условия оно на данном этапе вполне вписывается в классические представления об интересующем нас институте, то этого никак нельзя сказать в отношении первого условия (круг защищаемых лиц), где наблюдается немалая специфика.

В соответствии со ст. 3 Закона РК «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе» такой защите подлежат не только свидетель, потерпевший, подозреваемый, обвиняемый (что нормально), но также **все** профессиональные участники уголовного судопроизводства: судья, прокурор, следователь, дознаватель, лицо, осуществляющее ОРД. Более того, законодатель не проводит никакого концептуального разграничения между профессиональными и непрофессиональными участниками уголовного процесса с точки зрения возможных мер, которые подлежат применению для их защиты. При буквальном прочтении Закона выясняется, что, допустим, «ограничение доступа к сведениям о

²³⁹ Цит. по: Pradel J. *Droit pénal comparé*. 2 éd. Paris. Dalloz. 2002. P. 520 (здесь же см. сведения по некоторым другим странам. Отметим лишь, что испанский подход концептуально **типичен**).

²⁴⁰ Именно в силу данного условия интересующие нас нормы объединяются в большинстве стран в рамках института, обозначаемого не в качестве института «защиты лиц в уголовном процессе» или «защиты участников уголовного процесса», но в качестве института «**защиты свидетелей**», под которыми чаще всего понимается любое лицо, дающее в ходе уголовного дела **показания**.

защищаемом лице», предусмотренное ст. 9 Закона и выражающееся в изъятии из материалов дела сведений об анкетных данных об этом лице и использовании им псевдонима, может применяться не только в отношении свидетеля или потерпевшего, но также в отношении судьи или следователя. Иными словами, получается, что уголовное дело может быть рассмотрено полностью «засекреченным» судьей или расследовано «засекреченным» следователем. Но как тогда быть с вопросом о законном или незаконном составе суда, с институтом отвода и т. д.? Можно, конечно, пойти еще дальше и распространить на судей в целях их безопасности правило о допросе свидетелей вне визуального контакта с ними. Мы не будем судью видеть, не будем о нем ничего знать, не будем даже уверены в его существовании, зато будем убеждены в его полной безопасности. Но имеет ли такая ситуация какое-либо отношение к правосудию? Автор данного заключения, разумеется, убежден, что в казахстанской правоприменительной практике ничего подобного нет и быть не может. Автор данного заключения также убежден, что ст. 9 Закона никогда не применялась ни к судьям, ни к следователям. Не ясно другое: *зачем нужны правовые нормы, единственное достоинство которых заключается в полном отсутствии их применения?*

Государство, безусловно, должно по мере возможностей заботиться о безопасности всех своих граждан, в том числе судей или сотрудников правоохранительных органов. Но их безопасность обеспечивается не столько процессуальными средствами, сколько средствами сугубо организационно-техническими (качественная подготовка личного состава, профессионализм, институт судебных приставов, надежная техника и т. д.). Они находятся в другом правовом положении по сравнению с непрофессиональными участниками уголовного процесса, их обязанности в уголовном процессе определяется их служебным статусом, а не гражданским долгом, за ними стоит государственный аппарат и т. д., поэтому в их отношении не могут и не должны действовать уголовно-процессуальные и внепроцессуальные меры, известные во всем мире как «меры защиты свидетелей». В этом смысле оригинальность казахстанского законодательства вряд ли обоснованна.

Нельзя также не упомянуть о российском опыте. В России, как известно, действует два *автономных* закона: Закон РФ от 20 апреля 1995 г. «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» и Закон РФ от 20 августа 2004 г. «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства». Иными словами, защита профессиональных и непрофессиональных участников уголовного процесса совершенно справедливо рассматривается российским законодателем в качестве самостоятельных и существующих отдельно друг от друга правовых институтов. При этом если Закон от 20 августа 2004 г. (наряду с соответствующими уголовно-процессуальными положениями, перечисленными в ст. 11 УПК РФ) полностью соответствует сравнительно-правовым подходам и теоретическим воззрениям на институт «защиты свидетелей»²⁴¹, то Закон РФ от 20 апреля 1995 г., который в сравнительно-правовом плане гипотетически мог отчасти повлиять на казахстанского законодателя, не относится к числу удач российской законотворческой техники. Данный Закон был принят на заре российской постсоветской истории, многие его положения сыроваты, если не сказать, наивны, и он вряд ли должен служить образцом для законодателей других стран. Отдельные нормы данного Закона, скажем, о «переселении» судей, следователей и др., об изменении их внешности, замене документов и т. д., никогда не применялись, да и не могли применяться (как, допустим, замена документов судьи соотносится с его статусом, который всегда *персонален?*). Другие нормы оказались просто-напросто излишни: например, нормы о физических средствах защиты сотрудников правоохранительных органов (наличие у этих сотрудников физических средств защиты очевидно и не требует принятия специального закона, как не требует принятия специального закона принятие армией на вооружение новых танков или замена солдатам сапог на более качественные, хотя такие меры, безусловно, повышают боеспособность армии). Единственная реальная польза от Закона РФ от 20 апреля 1995 г. заключается в содержащихся в нем положениях о социальной защите судей и сотрудников правоохранительных органов (концепция «платы за риск»), но как раз эти положения внимание казахстанского законодателя не привлекли. Не исключено, что их отсутствие в казахстанском

²⁴¹ Мы имеем в виду его полное соответствие на макроуровне. На микроуровне данный Закон далеко не свободен от недостатков, активно обсуждаемых в российской правовой доктрине.

законе объясняется как раз концептуальным смешением защиты профессиональных и непрофессиональных участников уголовного судопроизводства: социальные меры в духе «платы за риск» (к слову, весьма эффективные) могут, разумеется, применяться только к профессиональным участникам, но не к свидетелю или потерпевшему.

В целом, на наш взгляд, действующее казахстанское законодательство о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе, страдает безусловными концептуальными изъянами, требуя реформирования и совершенствования. В такой ситуации представленный законопроект, направленный именно на совершенствование указанного законодательства, не может не вызывать повышенного внимания.

Концептуальная составляющая законопроекта

Вопреки возможным предположениям, законопроект *ни в коей мере* не устраняет отмеченные выше концептуальные недостатки действующего казахстанского законодательства о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе. С точки зрения первого из выделенных нами условий, он по-прежнему полностью смешивает защиту непрофессиональных участников уголовного процесса, не по своей воле попавших в орбиту уголовного судопроизводства и обязанных дать показания, с профессиональными участниками уголовного процесса, защита которых должна осуществляться совершенно другими правовыми и даже в большей мере организационно-техническими средствами.

Более того, законопроект только усугубляет концептуальные изъяны соответствующего казахстанского законодательства, *посягая на второе условие* его существования, которое до сего момента выполнялось без каких-либо отклонений.

Напомним, что концептуальная составляющая законопроекта сводится, главным образом, к распространению института «защиты» не только на уголовно-процессуальную, но и на оперативно-розыскную деятельность, в связи с чем должно измениться само название Закона РК от 5 июля 2000 г. И вот здесь возникает основной вопрос: **зачем?**

Приходится вновь напомнить обозначенное нами выше «второе условие»: сам институт специальной защиты лиц, помогающих установить обстоятельства уголовного дела, раскрыть или предотвратить преступление и т. д., имеет смысл только тогда, когда мы имеем дело с информацией, которую по определению нельзя засекретить, поскольку такое засекречивание противоречит фундаментальным правовым принципам (праву знакомиться с материалами уголовного дела, праву допросить показывающего против тебя свидетеля и т. д.). Но такие ситуации просто-напросто не могут возникнуть в ходе оперативно-розыскной деятельности, поскольку данная деятельность по природе своей секретна или, иначе говоря, построена на принципе «конспирации» (ст. 3 Закона РК «Об оперативно-розыскной деятельности»). Зачем засекречивать то, что уже и так секретно? Обвиняемые, представители организованных преступных группировок и т. д. юридически не имеют и не могут иметь доступа к материалам оперативно-розыскной деятельности (в отличие от материалов уголовных дел). Можно, конечно, принять во внимание существование недобросовестных сотрудников правоохранительных органов или отдельные случаи «сращивания» организованных преступных групп и правоохранительных органов. Эта печальная реальность иногда, к сожалению, имеет место. Но что даст в такой ситуации принятия предлагаемого законопроекта? Если некие сотрудники правоохранительных органов незаконно раскрыли кому-то секретную оперативно-розыскную информацию, то что мешает им сделать то же самое в отношении защищаемого лица? Ровным счетом ничего. Если организованная преступная группа через своих «агентов» получила сведения оперативно-розыскного характера, то она получит эти сведения через тех же «агентов» и в том случае, если мы приставим к «защищаемому» лицу хоть роту полицейских. Безопасность лиц, сотрудничающих с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность в целях раскрытия и предупреждения преступлений, обеспечивается исключительно закрытым (секретным) характером самой оперативно-розыскной информации и ни в каких других специальных мерах не нуждается.

Другое дело, что оперативно-розыскная информация может при определенных условиях стать доказательством по уголовному делу и быть «раскрытой» через уголовно-процессуальное доказывание. Но в таком случае лицо должно быть защищено именно как участник уголовного процесса, а не участник оперативно-розыскной деятельности. В данной ситуации предполагаемое законопроектом концептуальное расширение института «защиты» и его распространение на оперативно-розыскную также оказывается излишним.

В то же время участник уголовного процесса, давший важные показания и поставивший в результате этих показаний под угрозу свою жизнь и здоровье или жизнь и здоровье своих близких, должен быть, конечно, в соответствующих случаях защищен не только в ходе производства по уголовному делу, но и за его пределами. Иными словами, он должен быть защищен не только как *действующий*, но и как *бывший* участник уголовного судопроизводства. В этом смысле некоторые предлагаемые нововведения технического характера видятся нам вполне разумными и оправданными (мы о них еще упомянем), но к заложенной в законопроекте концепции «защиты участников оперативно-розыскной деятельности» они никакого отношения не имеют.

Каковы последствия реализации предлагаемой в законопроекте концепции? Здесь возможны два варианта: а) при благоприятном развитии событий (оптимистичный вариант) концептуальные изменения казахстанского законодательства, предлагаемые составителями законопроекта, просто-напросто не приведут ни к каким последствиям, то есть как и многие другие положения действующего казахстанского или, допустим, российского законодательства они останутся лишь на бумаге, доказывая бессмысленность реформы; б) при неблагоприятном развитии событий (пессимистичный вариант) принятие закона принесет немалый вред с точки зрения реальной защиты свидетелей и потерпевших в тех ситуациях, когда они действительно нуждаются в защите со стороны государства.

На наш взгляд, основная проблема здесь заключается в том, что сама идея защиты в соответствующих случаях свидетелей и потерпевших все более и более выхолащивается в казахстанском законодательстве. Свидетели, потерпевшие и др., т. е. *простые граждане*, открыто дающие ценные показания и помогающие расследовать и разрешать важные уголовные дела, иногда подвергая при этом себя и своих близких немалому риску, оказываются на правовом уровне защищены наряду с «платными секретными агентами» (как правило, никаких показаний не дающими), сотрудниками правоохранительных органов, в чьи профессиональные обязанности входит борьба с преступностью, судьями, имеющими массу льгот и гарантий и т. д. В результате такого «разрастания» правового регулирования, причем разрастания ничем не оправданного и ничем не обоснованного, свидетель, потерпевший и др., действительно, подчас нуждающиеся в защите, оказываются на втором плане правового регулирования, что, безусловно, нельзя признать нормальным, в том числе с точки зрения прав личности.

Следует признать, что заложенная в законопроекте концепция лишь формально выглядит шагом вперед на пути совершенствования казахстанского законодательства в соответствующей области. На самом деле, *она еще дальше отодвигает казахстанское право* от теоретических и сравнительно-правовых достижений в сфере защиты лиц, попавших (часто не по своей воле) в орбиту уголовной юстиции и вынужденных давать показания в целях надлежащего отправления правосудия.

Техническая составляющая законопроекта

Оставим в стороне те конкретные технические положения законопроекта, которые являются отражением его концептуальной составляющей, рассмотренной выше (изменения п. 3 ст. 23 Закона РК об ОРД; изменение наименования и преамбулы Закона РК «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе», новая ст. 1-2, новая редакция ч. 1 ст. 1 данного Закона и т. д.).

Большинство остальных положений законопроекта представляет собой, в сущности, редакционную правку действующего казахстанского законодательства, которая, быть может, иногда оправдана с точки зрения удобства пользования законодательным текстом, но которая не приводит к появлению новых правовых норм или изменению норм действующих.

Скажем, дополнения соответствующих статей УПК РК о правах участников уголовного процесса (ч. 6 ст. 75, ч. 4 ст. 77 и др.) указанием о праве заявлять о принятии мер безопасности можно обсуждать лишь с редакционной точки зрения, поскольку само по себе наличие такого права уже вытекает из текста действующей ст. 100 РК.

То же самое можно сказать о предполагаемом тексте ст. 1-1 или дополнении в ст. 2 Закона о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе, а также, допустим, предполагаемой редакции ст. 26-1 названного Закона. Не думаю, что такого рода изменения и дополнения имеет смысл обсуждать в данном заключении, поскольку ни к каким *реальным* юридическим последствиям они не приведут, то есть их наличие или отсутствие для казахстанской правовой системы, по сути, значения не имеет.

В то же время в тексте законопроекта встречаются технические положения, принятие которых приведет или может привести к появлению реальных юридических последствий.

Во-первых, к таким положениям относится предполагаемая ч. 6 ст. 100 УПК РК. Идея, выраженная в данном дополнении уголовно-процессуального закона, сама по себе возражений не вызывает. Однако, ее техническое решение не выглядит удачным. Согласно действующей редакции ст. 100 УПК РК процессуальные меры безопасности отменяются мотивированным постановлением соответствующего должностного лица, и только после этого о данном решении уведомляется заинтересованный участник уголовного процесса. Иными словами, он уведомляется уже об *отменном* постановлении. В такой ситуации приостановление исполнения решения в случае его обжалования большого смысла не имеет, так как между отменой решения и его обжалованием неизбежно возникает интервал времени, в течение которого скрывавшаяся ранее информация становится общедоступной и ее повторное «засекречивание» является чистой формальностью. Видимо, лицо должно уведомляться *перед* отменой соответствующих мер. При этом должен быть предусмотрен срок на обжалование (очень небольшой), в течение которого постановление продолжает действовать. Оно вступает в силу по истечении данного срока или (в случае обжалования) после отклонения жалобы. В целом, данное нововведение требует редакционной доработки.

Во-вторых, к таким положениям относятся изменения, вносимые в п. 14 ст. 3, и новая ч. 2 ст. 3 Закона о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе. Это едва ли не самые удачные положения законопроекта. В уголовно-процессуальной науке давно отмечено, что защита участников уголовного процесса не может быть эффективной при очень узком (формальном) понимании их статуса. Скажем, лицо, сообщившее о преступлении (заявитель), не сразу признается потерпевшим, поэтому абсурдно защищать его только с момента признания таковым (ведь заявление, где указаны личные данные заявителя остается в деле, и если не защищать «заявителя», то нет тогда смысла защищать и потерпевшего). То же самое касается очевидцев, которым лишь предстоит стать свидетелями, или, допустим, «бывших» участников уголовного процесса, скажем, бывшего обвиняемого, в отношении которого дело прекращено или который стал, допустим, оправданным. В целом, данное законодательное решение, безусловно, заслуживает поддержки, в том числе с точки зрения прав личности.

В-третьих, к таким положениям относится новая ч. 2 ст. 7 Закона о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе, согласно которой некоторые меры безопасности могут применяться только в виде исключения (если безопасность не может быть обеспечена другими мерами). Данное положение законопроекта также юридически *оправданно и разумно*, поскольку речь идет о мерах безопасности (изменение внешности, переезд и др.), применение которых само по себе крайне нежелательно и негативно сказывается на правах защищаемого лица, его социальном статусе и т. д. Такого рода меры, действительно, могут иметь только исключительный характер, и это в законе следует отразить. Другое дело, что составители законопроекта по-прежнему обходят молчанием другой важнейший вопрос. Указанные меры

безопасности могут, как известно, применяться только с *согласия* защищаемого лица (наряду с исключительным характером, который собирается предусмотреть казахстанский законодатель, согласие – другая важнейшая гарантия, уже предусмотренная действующим законодательством РК). Каковы процессуальные последствия отсутствия согласия? Ни в законе, ни в законопроекте об этом ничего не сказано, что является существенным пробелом. Иными словами, *если лицо не согласно на переезд или изменение внешности, но при этом ему угрожает опасность, то по-прежнему ли оно обязано давать показания под страхом уголовной ответственности или нет?* На наш взгляд, ответ здесь может быть только отрицательный (обязанность прекращается), иначе концепция «согласия» теряет какой-либо смысл, и согласие фактически превращается в принуждение. Но в любом случае именно данные проблемы и вопросы (а не бесконечные «принципы» и повторные отсылки к международному праву, лишённые какой-либо юридической нагрузки) требуют первоочередного законодательного вмешательства, хотя в интересующем нас случае они вновь игнорируются составителями законопроекта.

Наконец, с технической точки зрения, обращает на себя внимание еще один фрагмент законопроекта. Его составители достаточно подробно регламентируют особенности обеспечения безопасности военнослужащих и иных приравненных к ним лиц (новая ст. 21-1), но при этом в отношении лиц, содержащихся под стражей или в местах отбывания наказания, ограничиваются ничем не значащей отсылочной нормой (новая ст. 21-2), напоминающей элементарную законодательную «отписку». Такой дисбаланс может объясняться лишь тем, что в первом случае имеется соответствующая инфраструктура, позволяющая обеспечить реальную безопасность военнослужащих, тогда как во втором случае она отсутствует. В то же время обеспечение безопасности обвиняемого, давшего показания в отношении своих «подельников» и находящегося под стражей или в местах отбывания наказания (в случае его осуждения), – это важнейшая проблема, требующая государственного вмешательства, причем такое вмешательство не может ограничиваться лишь нормотворчеством (надо строить специальные и абсолютно безопасные места заключения, где обвиняемый, сотрудничающий со следствием, был бы полностью избавлен от мести и других негативных проявлений преступной среды). Это лишний раз доказывает малую практическую ценность анализируемого законопроекта: подлинная забота об эффективности, с одной стороны, расследования и доказывания опасных преступлений и об обеспечении, с другой стороны, безопасности, допустим, лиц, поверивших следствию и идущих на сотрудничество с ним, лежит совершенно в иной плоскости. Здесь недостаточно легких отсылочных норм – здесь требуются подлинные организационно-технические, финансовые и др. меры и усилия, причем усилия нормотворческие стоят в данном ряду *едва ли не на последнем месте*, поскольку в противном случае они превращаются в пустой звук.

Дополнение части 4 статьи 223 УПК РК

Данное дополнение не имеет непосредственного отношения к проблеме защиты участников уголовного судопроизводства. Здесь решается другой вопрос: что делать с «излишками» наркотических, психотропных и др. веществ, которые затруднительно хранить, но которые уже не нужны ни следствию, ни суду?

Для решения указанного вопроса составители законопроекта предлагают весьма оригинальный механизм отбора (с участием понятых, специалиста и с применением видеозаписи), в результате которого будут выделяться образцы, «равные величине особо крупного размера», а остальные вещества уничтожаться.

Данный механизм можно было бы считать интересным новшеством, в том числе со сравнительно-правовой точки зрения, если бы не несколько неизбежно возникающих вопросов. Как понятой (простой гражданин) может отличить наркотическое средство от, скажем, зубного порошка, что совершенно необходимо при производстве данного процессуального действия? Если предположить, что он должен будет их отличить друг от друга по вкусу, запаху и т. д., то вытекает ли из этого, по замыслу составителей законопроекта, что в качестве понятых должны приглашаться лишь опытные наркоманы? При отрицательном ответе на данный вопрос

неизбежно возникает следующий вопрос: поскольку участие понятых оказывается здесь пустой формальностью (определенным ритуалом), то какие тогда существуют другие гарантии при производстве данного процессуального действия с учетом того, что видеозапись такой гарантией также не является (на ней мы точно не отличим друг от друга наркотическое средство от зубного порошка)? Наконец, непонятно, как быть, если наркотическое средство окажется смешанным с зубным порошком или чем-то иным, то есть когда их нельзя отделить друг от друга сугубо механически? Непонятно, как поступать и в том случае, когда мы имеем дело с сырьем, из которого еще необходимо выделить «чистое» наркотическое вещество (крупный или особо крупный размер здесь будет определяться не путем «взвешивания», а в результате сложной лабораторной работы).

Все эти вопросы, ответ на которые непросто найти при анализе текста законопроекта, позволяют сделать вывод, что при всей своей оригинальности предлагаемый в законопроекте механизм весьма несовершенен с процессуальной точки зрения.

Общий вывод

Несмотря на то, что отдельные частные положения законопроекта возражений не вызывают, в целом, **нельзя одобрить** ни его генеральную концепцию, ни многие из предложенных в нем технических решений. Представляется, что совершенствование казахстанского законодательства о защите участников уголовного процесса должно проводиться в **совершенно ином** направлении, не затрагивая при этом оперативно-розыскную деятельность.

Июль 2008 г.

**Экспертное заключение
на проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и
дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по
вопросам дальнейшего совершенствования системы исполнения наказаний и
уголовно-исполнительной системы»²⁴²**

Рассматриваемый проект закона содержит положения, направленные на дальнейшее совершенствование правового регулирования: 1) исполнения наказаний в виде общественных работ, ограничения свободы, ареста, лишения свободы на определенный срок и пожизненного лишения свободы; 2) порядка применения условно-досрочного освобождения от наказания и отсрочки исполнения наказания осужденным беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей; 3) социальной адаптации и реабилитации лиц, отбывших уголовные наказания; 4) ответственности за дезорганизацию деятельности учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества. Наряду с этим, вносятся предложения по совершенствованию законодательства РК в части уточнения правового статуса сотрудников уголовно-исполнительной системы, расширения объема предоставляемых им социальных гарантий и льгот.

При этом целый ряд предлагаемых в законопроекте изменений в уголовное, уголовно-процессуальное, уголовно-исполнительное и административное законодательство, а также в законодательство о местном государственном управлении восполняет имеющиеся пробелы в нормативном правовом регулировании общественных отношений, улучшает правовое положение осужденных, а также сотрудников УИС РК и поэтому заслуживает принципиальной поддержки.

Вместе с тем, представленный на наше изучение текст законопроекта не имеет соответствующего приложения в виде утвержденной концепции и технического задания, пояснительной записки и финансово-экономического обоснования. Вероятно, прежде всего, по этой причине обоснованность и целесообразность некоторых из предлагаемых изменений вызывает определенные сомнения. В качестве таковых изменений можно выделить нижеследующие.

1. Изменения, связанные с введением в действие наказания в виде ареста

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что статья 1 законопроекта предусматривает введение в действие только положений о наказании в виде ареста, содержащихся в Уголовно-исполнительном кодексе РК, не затрагивая соответствующих норм УК и УПК РК. Между тем, применение ареста зависит, прежде всего, от введения в действие норм уголовного права.

Кроме того, статьей 2 законопроекта предлагается существенно изменить порядок исполнения этого наказания. В частности, из норм УИК РК исключаются положения об исполнении ареста в специально созданных для этого учреждениях – арестных домах. Вместо этого предлагается исполнять данное наказание в следственных изоляторах, которые в настоящее время предназначены, главным образом, для исполнения меры уголовно-процессуального

²⁴² Настоящее экспертное заключение подготовлено в рамках проекта Центра исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, могут не совпадать с позицией ОБСЕ и отражают точку зрения Центра исследования правовой политики.

пресечения в виде содержания под стражей в отношении лиц, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений. Можно предположить, что такое изменение вызвано стремлением к экономии финансовых и иных материальных затрат, необходимых для строительства арестных домов.

Следует, однако, учитывать, что введение в действие наказания в виде ареста, скорее всего, повлечет за собой общий прирост численности лиц, находящихся в местах изоляции от общества, за счёт некоторого сокращения числа условно осужденных и осужденных к наказаниям, не связанным с лишением свободы. В этом случае неизбежен рост государственных расходов на содержание арестованных, независимо от того, находятся ли они в арестных домах или в следственных изоляторах.

Обращают на себя внимание и те изменения, предлагаемые законопроектом в статьи 64 и 65 УИК РК, которые приближают правовой статус лиц, отбывающих арест, с правовым статусом осужденных, отбывающих наказание в виде лишения свободы на определенный срок в тюрьме. В свете предложения авторов законопроекта в будущем содержать всех совершеннолетних осужденных к лишению свободы только в тюрьмах (о чем более подробно будет сказано ниже), различия между наказанием в виде ареста и наказанием в виде лишения свободы на определенный срок ещё более стираются. По сути, арест становится краткосрочным лишением свободы, назначаемым осужденным, достигшим совершеннолетия, на срок до шести месяцев.

Однако изучение опыта США и стран Западной Европы показывает крайне низкую эффективность краткосрочного лишения свободы (рецидив среди освобожденных достигает в среднем 75-85%). В основном по этой причине в Российской Федерации принято решение отказаться от введения в действие наказания в виде ареста (соответствующий закон принят в первом чтении Государственной Думой по инициативе Правительства Российской Федерации).

2. Изменения, связанные с введением в действие правовых норм о назначении отбывания наказания в виде лишения свободы для осужденных совершеннолетних лиц, в тюрьмах

Статья 48, часть 5 УК РК предусматривает следующие виды исправительных учреждений для отбывания наказания в виде лишения свободы: исправительные колонии-поселения, исправительные колонии общего, строгого и особого режимов, тюрьмы, а также воспитательные колонии для несовершеннолетних. При этом отбывание части срока наказания в тюрьме может быть назначено только наиболее опасным категориям преступников и лишь на срок не более пяти лет.

В рассматриваемом законопроекте предлагается дополнить данную статью новой частью 5-1, предусматривающей отбывание наказания в виде лишения свободы совершеннолетними мужчинами и женщинами соответственно в открытых, полузакрытых и закрытых блоках тюрьмы. При этом сравнительный анализ частей 5 и 5-1 статьи 48 УК РК показывает: в открытых блоках тюрьмы будут содержаться те же категории осужденных, которые содержатся в исправительных колониях-поселениях; в полуоткрытых блоках – те, кто содержится в исправительных колониях общего режима; в закрытых блоках – те, кто сейчас содержится в исправительных колониях строгого, особого режима и в тюрьмах.

В связи с этим статью 4 Закона РК «О введении в действие Уголовного кодекса Республики Казахстан» предлагается дополнить предложением следующего содержания: «Положения Уголовного кодекса Республики Казахстан о назначении отбывания лишения свободы в блоках тюрьмы, предусматривающих содержание в пределах одного учреждения мужчин, осужденных к лишению свободы, вводятся в действие законом Республики Казахстан по мере создания необходимых условий, но не позднее 2025 года».

Обращает на себя внимание определенное противоречие между предлагаемыми редакциями части 5-1 статьи 48 УК РК и статьи 4 вышеназванного Закона РК, поскольку, во-первых, часть

5-1 распространяется не только на мужчин, но и на женщин, а во-вторых, в ней не сказано об отбывании наказания «в пределах одного учреждения». Более того, в пункте г) части 5-1 прямо указано, что лица, осужденные к пожизненному лишению свободы, а также осужденные, которым смертная казнь в порядке помилования заменена пожизненным лишением свободы, отбывают наказание в отдельных тюрьмах.

Из текста изменений, вносимых в этой связи в УИК РК, остается неясным, чем условия содержания в исправительной колонии того или иного вида и современной тюрьме будут отличаться от условий содержания в соответствующем блоке тюрьмы. Единственное изменение, которое в этой связи предлагается, это дополнение части 1 статьи 95 словами (далее выделены в тексте), с учётом которых окончательная редакция данной части примет следующий вид: «1. Норма жилой площади в расчете на одного осужденного в исправительных колониях не может быть менее двух квадратных метров, в тюрьмах - двух с половиной квадратных метров, в колониях, предназначенных для содержания женщин, - трех квадратных метров, **в тюрьмах с по камерным содержанием – не менее семи квадратных метров**, в воспитательных колониях - трех с половиной квадратных метров, в исправительных учреждениях, осуществляющих принудительное лечение, - трех квадратных метров».

Из предлагаемого текста неясно, во-первых, чем обыкновенные тюрьмы (в которых согласно закону осужденные содержатся в камерах) отличаются от, так называемых, «тюрем с по камерным содержанием» и, во-вторых, почему для осужденных мужчин, содержащихся в тюрьмах с по камерным содержанием, нормы жилой площади предлагается установить значительно более высокими, чем для осужденных женщин и несовершеннолетних, отбывающих наказание в колониях.

В целом же из текста предлагаемых изменений остаётся непонятным, какова цель преобразования исправительных колоний для мужчин в тюрьмы, и какую конкретную пользу это может принести в деле исправления осужденных. При отсутствии пояснительной записки к законопроекту можно лишь предположить, что замысел состоит в содержании всех осужденных к лишению свободы мужчин (составляющих основную массу отбывающих данное наказание) в запираемых помещениях (камерах), что позволит несколько облегчить работу по предупреждению побегов и других правонарушений, уменьшить плотность охраны (особенно в ночное время, в выходные и праздничные дни) и тем самым снизить нагрузку на персонал учреждений, исполняющих наказания. Однако действующее уголовно-исполнительное законодательство и сейчас позволяет размещать в запираемых помещениях определенные категории осужденных, наиболее склонных к правонарушениям. Перевод же всех осужденных в такие условия существенно ухудшит правовое положение большинства из них и вряд ли оправдан с финансово-экономической точки зрения. Вообще же переход от исправительных колоний к тюрьмам потребует более глубокой переработки уголовного, уголовно-исполнительного законодательства и организации деятельности уголовно-исполнительной системы, чем та, которая предлагается в рассматриваемом законопроекте.

3. Изменения порядка применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания

В статью 169 УИК РК предлагается внести изменения, в основном аналогичные тем, которые были внесены в статью 175 УИК РФ в декабре 2003 года Федеральным законом № 161-ФЗ (кстати, этот российский опыт отнюдь не безупречен и мог бы стать предметом отдельного анализа). Отличие от российского законодательства состоит здесь в дополнении части 9 данной статьи следующим предложением: «О возможности условно-досрочного освобождения осужденного, отбывшего установленную законом часть срока наказания, замене не отбытой части наказания более мягким, администрация учреждения или органа, исполняющего наказание, уведомляет потерпевшего или его представителя почтой заказным письмом по адресу, представленному судом, вынесшим приговор».

К сожалению, из текста законопроекта остаётся неясным, во-первых, какие юридические

последствия может повлечь за собой такое уведомление, во-вторых, какие последствия для администрации могут наступить в случае не уведомления потерпевшего и, в-третьих, почему такую обязанность предлагается возложить на администрацию, которая формально отстранена от участия в решении вопросов досрочного освобождения, а не на суд, правомочный принимать такие решения.

4. Изменения, вносимые в законодательство о местном государственном управлении в Республике Казахстан

Предлагается возложить на органы местного государственного управления обязанности по организации и осуществлению социальной адаптации и реабилитации лиц, отбывших уголовные наказания.

Очевидно, при этом, что речь идёт о решении важной социально-профилактической задачи, необходимость решения которой в принципе не вызывает сомнений. Сами учреждения и органы УИС делать это не в состоянии и могут осуществлять лишь подготовку осужденных к предстоящему освобождению. Поэтому, всецело поддерживая идею оказания постпенитенциарной помощи освобожденным, предлагается рассмотреть следующие замечания:

- 1) изменения, вносимые в законодательство о местном государственном управлении явно выходят за рамки концепции законопроекта;
- 2) в тексте законопроекта не разъясняется содержание терминов «социальная адаптация» и «реабилитация», что может создать трудности для работников органов местного государственного управления, мало знакомых с проблемами уголовно-исполнительного права;
- 3) возлагая на работников органов местного государственного управления указанные выше задачи, проект закона не наделяет их какими-либо специальными полномочиями для их решения;
- 4) учитывая, что оказание социальной помощи освобожденным потребует привлечения в органы местного управления специалистов из числа социальных работников, педагогов, психологов и др., может потребоваться большее время, чем 10 дней после опубликования закона для того, чтобы эти органы смогли подготовиться к выполнению новых функций. Поэтому в законопроекте целесообразно установить срок его вступления в силу в части п.9.

5. Изменения, вносимые в название и часть 1 статьи 361 УК РК

Предлагаемые изменения, по видимому, направлены на выполнение постановления Конституционного Совета Республики Казахстан, признавшего неконституционными часть 1 и часть 4 статьи 361 УК РК. В новой редакции устанавливается ответственность за дезорганизацию деятельности учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества, **путем участия в массовых беспорядках, сопровождавшихся насилием, не опасным для жизни или здоровья, причинением вреда здоровью** и др. общественно опасными действиями (погромами, поджогами, разрушением, уничтожением имущества). Такое решение имеет ряд недостатков.

Прежде всего, действия, перечисленные в предлагаемой редакции части 1 статьи 361, охватываются частью 2 статьи 241, устанавливающей ответственность за участие в массовых беспорядках независимо от места их совершения.

Кроме того, применение насилия, не опасного для жизни и здоровья, а также причинение вреда здоровью сотрудников УИС и осужденных уже криминализировано в частях 2 и 3 статьи 361 УК РК.

6. Изменения, вносимые в Закон РК от 18 марта 2002 г. «Об органах юстиции», в целом заслуживают поддержки. Вызывает сомнения лишь предлагаемая редакция пункта 5 статьи 29-4, которой всем сотрудникам УИС выплачивается компенсация для оплаты расходов на содержание жилища. Такая норма ставит сотрудников УИС в явно привилегированное положение по сравнению с другими категориями граждан РК, требует значительных расходов из государственного бюджета. Кроме того, остается неясным, будет ли эта льгота распространяться на проживающих совместно с сотрудником УИС членов его семьи и др. лиц.

Август 2008 г.

ГИЛИНСКИЙ Я.
Профессор Санкт-Петербургского юридического
института (филиала) Академии Генеральной
прокуратуры Российской Федерации, зав. кафедрой
уголовного права Российского Государственного
педагогического университета им. А.И. Герцена,
главный научный сотрудник Социологического
института Российской Академии Наук, член
Европейского Союза криминологов, член
Нью-Йоркской Академии Наук,
доктор юридических наук, профессор

Экспертное заключение
по проектам законов Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» и
«О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты
Республики Казахстан по вопросам профилактики правонарушений»²⁴³

Идея создания законодательной базы профилактики правонарушений представляется весьма плодотворной. В нынешней редакции Законопроекта «О профилактике правонарушений» есть немало положений, заслуживающих одобрения и поддержки. Это многократно повторяющееся требование проведения криминологической экспертизы нормативных актов; значительное внимание правовому обучению, воспитанию, формированию правосознания граждан; разработка мер виктимологической профилактики. Соответствует мировой практике разграничение профилактики на первичную (общие меры), вторичную (специальные меры) и третичную (индивидуальные меры). Положительным представляется обозначение задач и функций субъектов профилактики. Чрезвычайно важно осуществлять подготовку кадров для осуществления профилактики (ст. 39 Законопроекта). Вместе с тем, ряд положений Законопроекта вызывает возражения.

1. Ст.1, п.1, п/п. 3, 5. Понятия «социально опасное положение» и «лицо, находящееся в социально опасном положении» - исторически обременены тяжелым наследием: понятие «опасное состояние лица» приводило в фашистской Германии и сталинском Советском Союзе к многочисленным репрессиям, включая «превентивное» заключение невиновных в концентрационных лагерях. Кроме того, определенную опасность нарушения прав и свобод человека в процессе правоприменения внушает слишком широкая трактовка «лица, находящегося в социально опасном состоянии». Если с тем, что это «лицо, которое находится в обстановке, представляющей опасность для его жизни, здоровья, либо не отвечающей требованиям к его воспитанию или содержанию» еще можно согласиться, то включение в это понятие лица, «утратившего родственные, социальные связи, постоянное место жительства» безгранично расширяет круг лиц, находящихся «под подозрением». Сам по себе факт утраты родственных и социальных связей юридически нейтрален, и не может влечь каких бы то ни было правовых последствий. Что касается утраты «постоянного места жительства», то согласно ст. 13 п.1 Всеобщей декларации прав человека (1948 г.), «Каждый человек имеет право свободно передвигаться и выбирать себе местожительство в пределах каждого государства».

²⁴³ Настоящее экспертное заключение подготовлено в рамках проекта Центра исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, могут не совпадать с позицией БДИПЧ ОБСЕ и отражают авторскую точку зрения. Я.Гилинский, профессор Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, зав. Кафедрой уголовного права Российского Государственного педагогического университета им. А.И. Герцена, главный научный сотрудник Социологического института Российской Академии Наук, член Европейского Союза криминологов, член Нью-Йоркской Академии Наук, доктор юридических наук, профессор

2. Ст.1, п.1, п/п 9. Понятие «антиобщественные действия» также не безупречно. «Нарушение установленных социальных норм и правил поведения» может влечь правовые последствия, включая применение мер профилактики, только в случаях, прямо предусмотренных в соответствующих нормативных актах. «Негативное влияние на психику и/или здоровье» человека могут оказывать переизбыток (обжорство), занятие экстремальными видами спорта, голодание и множество других юридически не значимых факторов. «Систематическое употребление алкогольных напитков» возможно согласно медицинским рекомендациям (бокал красного сухого вина в сутки для лиц, страдающих гипотонией; 30-50 г. водки в сутки для профилактики некоторых сердечно-сосудистых заболеваний). Очевидно, разработчики Закона имели в виду пьянство, но это не оговорено и юридически понятие «пьянство» не определено. «Занятие бродяжничеством, попрошайничеством» само по себе юридически нейтрально и не может влечь правовых последствий, включая меры профилактики, предусмотренные ст.ст. 25-29 Законопроекта. Соответственно должны быть пересмотрены те статьи настоящего Законопроекта, которые включают указание на меры, применяемые к «лицам, совершающим антиобщественные действия». Повторимся: такое определение слишком широко и позволяет произвольно толковать многочисленные поступки и действия, воспринимаемые правоприменителями как «антиобщественные действия». Это не исключает возможности применения профилактических мер в тех случаях, когда определенные виды «антиобщественных действий» прямо противоречат тем или иным нормам права.

3. Ст.5, п.1, п/п. 1. Всей мировой практикой (включая практику СССР, в состав которого входила ныне независимая Республика Казахстан) доказано, что принудительное лечение неэффективно и существенно нарушает права человека. Лечение от алкоголизма, наркомании, токсикомании и т.п. чрезвычайно сложно и редко дает положительный результат даже при добровольном лечении, даже когда больной или члены его семьи мечтают об исцелении. Принудительное же «лечение» в принципе совершенно бесполезно с медицинской точки зрения и неправомерно – с юридической. Согласно ст.3 Всеобщей декларации прав человека «Каждый человек имеет право на жизнь, на свободу и на личную неприкосновенность», а согласно ст. 12 Всеобщей декларации «Никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную и семейную жизнь...» (выделено мною – Я.Г.). С моей точки зрения, потребление алкоголя, наркотических средств и психотропных веществ является личным делом каждого. Этой позиции придерживаются многочисленные зарубежные и некоторые российские исследователи (например: Кристи Н., Бруун К. Удобный враг. Перевод с норвежского. М., 2004; Тимофеев Л. Наркобизнес: Начальная теория экономической отрасли. М., 1998; Требач А. Примирение с наркотиками // Социологические исследования, 1991, №12; Schur E. Crimes Without Victims. Englewood Cliffs, 1985, и др.).

4. Ст.8, п. 1, п/п 2. Разработка и реализация комплексных программ предупреждения наркомании, алкоголизма и токсикомании не может быть отнесена к компетенции органов внутренних дел, т.к. наркомания, алкоголизм и токсикомания – заболевания, т.е. компетенция органов здравоохранения (ст. 15 Законопроекта).

5. Ст.ст. 8 и 12, с моей точки зрения, должны включать обеспечение таких профилактических мер, как исключение применения пыток и иных незаконных методов выявления, расследования преступлений и осуществления уголовно-исполнительной деятельности. Во-первых, применение пыток, а также иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство действий категорически запрещено признанными международно-правовыми актами (ст.5 Всеобщей декларации прав человека; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, 1984 г.; ст. 3 Европейской конвенции о защите прав человека). Во-вторых, применение пыток, а также иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство действий при производстве расследования по уголовному делу нередко приводит к осуждению невиновного, признающего себя «виновным» и безнаказанности действительного виновника преступления. В-третьих, применение пыток, а также иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство действий в пенитенциарных учреждениях не только не способствует реализации целей наказания, но приводит к противоположным результатам, порождая злобу, ненависть, массовые беспорядки. Опыт Российской Федерации последних лет свидетельствует о

массовых бунтах в пенитенциарных учреждениях как следствии репрессивной политики органов исполнения наказания. Только в 2007 г. было зафиксировано свыше 30 массовых выступлений (бунтов), неповиновения с человеческими жертвами. К сожалению, эта преступная практика продолжается и в 2008 г. (ж. «Неволя», 2007, №13 (с.61-69), №14 (с.24-30), 2008, №15 (с.75-81).

6. Ст.15, п/п 5. Как отмечалось выше, полагаю категорически недопустимым организацию принудительного лечения (исключение могут представлять больные, угрожающие безопасности других лиц в силу психического расстройства). Кроме того, желательно включить положение, обеспечивающее анонимность добровольного лечения и неразглашение медицинским персоналом и правоохранительными органами сведений о заболеваемости алкоголизмом, наркоманией, токсикоманией, венерическими заболеваниями, ВИЧ-инфекцией, СПИДом и психическими расстройствами.

7. Ст. 15, п/п 9. Неясно, почему органы здравоохранения должны вести учет и осуществлять профилактический контроль в отношении лиц, занимающихся проституцией. Это возможно только в том случае, если в Республике Казахстан проституция полностью легализована, открыты публичные дома и органы здравоохранения обеспечивают регулярное медицинское освидетельствование проституток.

8. Ст.20, п.3, п/п 6. По изложенным выше соображениям следовало бы исключить слова «и антиобщественных действий» в силу их юридической неопределенности.

9. Ст. 24, п/п 2. По изложенным выше соображениям следовало бы исключить слова «утративших родственные, социальные связи и место жительства».

10. Ст. 25, п.2, п/п 6. По изложенным выше соображениям следует исключить слова «направление на принудительное лечение».

11. Ст.30, п.1, п/п 3, 8; п.2, п/п 3. Подпункты 3 и 8 п.1 и подпункт 3 п.2 должны быть исключены по вышеназванным соображениям.

12. Ст.32, п.1, п/п 3, 8. Подпункты 3 и 8 п.1 должны быть исключены по вышеназванным соображениям.

13. Ст.33, п.3. Слова «В местах...прохождения принудительного лечения» должны быть исключены по вышеназванным соображениям.

14. В современных государствах вообще, бывших республиках Советского Союза в особенности, каждый законопроект должен оцениваться и с точки зрения его «коррупциогенности». Поэтому те положения Законопроекта, которые предполагают безмерное расширение категорий граждан потенциально подпадающих под его действие, включая постановку на учет, расширяют и коррупционные возможности правоприменителей.

Выводы

- Принятие проекта Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» в целом является целесообразным, но при обязательном условии доработки и изменений в соответствии с вышеназванными замечаниями.
- Эффективность данного Закона, как и большинства иных правовых мер, направленных на сокращение правонарушений, всегда сомнительна. Следует расстаться с иллюзиями возможности добиться серьезных изменений общественно значимого поведения граждан только правовыми, а тем более запретительными средствами. Как справедливо заметил крупнейший социолог XX столетия Никлас Луман: «Следует отказаться от надежд, связанных с иллюзией контроля». Все формы человеческой жизнедеятельности социально (экономически, политически, культурологически) обусловлены. Только совершенствование социальных

условий может способствовать сокращению нежелательных проявлений. Это не исключает попыток противодействия правонарушающему поведению. Но при этом необходимо трезво оценивать реальные возможности таких попыток.

- Законопроект лишь частично соответствует международно-правовым требованиям. При доработке Законопроекта необходимо учесть вышеназванные замечания в части соблюдения прав человека.
- Принятие Закона без необходимых изменений приведет к существенному нарушению прав и свобод человека в Республике Казахстан.

Комментарий к законопроекту РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам профилактики правонарушений»

Общая оценка и обоснование критических замечаний по Законопроекту «О профилактике правонарушений» представлена мною в соответствующем Экспертном заключении. Ниже приводятся только конкретные замечания по Законопроекту «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам профилактики правонарушений».

1. Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях. Отказаться от дополнения статьи 355 Кодекса пунктом 3 (в связи с неопределенностью понятия «антиобщественные действия»).
2. Закон Республики Казахстан от 9 июля 2004 г. №591 «О профилактике правонарушений среди несовершеннолетних и предупреждении детской безнадзорности и беспризорности».
 - В ст. 19-1. Меры индивидуальной профилактики – п.3 может быть сохранен только при условии уточнения понятия «социально опасное положение» (см. мое Экспертное заключение по Законопроекту «О профилактике правонарушений»).
 - В ст. 19-2. Профилактическая беседа – п.4 подлежит исключению («совершение антиобщественных действий»).
 - В ст. 19-3. Профилактический учет и контроль – из п. 1 исключить слова «или занимающихся антиобщественными действиями».
 - В ст. 19-5. Прекращение контроля и снятие с профилактического учета – в п.1, п/п 1 исключить слова «антиобщественных действий или».

Июль 2008 г.