

Центр исследования правовой политики

Предварительные комментарии к Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 - 2020 годы

Введение

Предметом данных комментариев является проект Государственной программы правовой политики Республики Казахстан (2009-2015 гг.) (далее Программа) и проект Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 годы (далее Концепция), который заменяет проект Программы. Данные комментарии представляют собой критический обзор обоих проектов. Автор комментариев не претендует на полноту рассмотрения всех проблемных вопросов, содержащихся в Программе и Концепции, а лишь предлагает для обсуждения некоторые аспекты, которые, на его взгляд, не были в достаточной степени рассмотрены в этих документах. Основными задачами анализа являются: во-первых, определение того, насколько предложения, содержащиеся в Программе и Концепции, являются последовательными по своему содержанию; во-вторых, насколько предложения Программы и Концепции по реформированию законодательства Республики Казахстан соответствуют международным стандартам, а также моделям устройства государственных органов и институтов, принятых в развитых демократических государствах; в-третьих, выработка предложений, не нашедших своего отражения в Программе и Концепции.

Общие замечания по структуре и содержанию Программы и Концепции

Как проект Программы, так и Концепция содержат ряд прогрессивных предложений по дальнейшему реформированию правовой системы Республики Казахстан. Вместе с тем следует обратить внимание на некоторые слабые стороны этих документов.

Одним из явных недостатков как Программы, так и Концепции, на наш взгляд, является весьма расплывчатая формулировка некоторых идей. Нередко авторы Программы и Концепции ограничиваются весьма абстрактными декларациями по реформированию законодательства, не раскрывая при этом сути предложений относительно того, каким образом должны быть проведены реформы.

Законодательство и законодательный процесс

Развитие конституционного законодательства

Авторы Программы и Концепции утверждают, что право толкования законов не предоставлено ни одному высшему органу государства, и что существует огромная потребность в аутентичном толковании текущего законодательства, поскольку отсутствие подобного рода положений в законодательстве ведет к заполнению правового пространства конкурирующими толкованиями со стороны различных государственных органов. С данным утверждением можно согласиться лишь отчасти. С одной стороны, действительно,

Конституция не содержит положений о толковании законодательных актов, кроме норм Конституции, что входит в полномочия Конституционного совета. Вместе с тем постановка вопроса о полном отсутствии механизма для аутентичного толкования текущего законодательства является не совсем правильной. Хотя толкованием законов в своей практике занимается любой правоприменитель, в том числе государственные чиновники, в случае сомнения в правильном применении законодательного акта любой спор, возникающий на основе Конституции, законов, иных нормативных правовых актов и международных актов, согласно ст. 76 Конституции разрешается судами. Иными словами, суд в своей деятельности толкует и разъясняет закон, когда решает гражданское, уголовное или какое-либо другое дело. Хотя существует риск того, что суды в разных регионах (областях) Казахстана могут по-разному толковать содержание одного и того же законодательного акта, тем не менее, у сторон в деле существует право апеллировать к высшей судебной инстанции – Верховному суду Республики Казахстан, за которым остается последнее слово. Однако следует признать, что поскольку Верховный суд состоит из достаточно большого числа судей и большинство решений суда принимается коллегиями, состоящими из небольшого числа судей, например трех судей, то существует реальный риск того, что внутри самого суда может применяться различное толкование закона судьями, входящими в различные коллегии. В связи с этим при решении вопроса о наделении уполномоченного органа, а по нашему мнению, этим органом должен быть именно Верховный суд, функциями по толкованию законодательных актов необходимо определить, в каком составе уполномоченный орган (Верховный суд) должен принимать решение о толковании законодательного акта. Представляется, что решения о толковании законов должны приниматься полным составом Верховного суда.

Трудно не согласиться с заключением авторов Программы о противоречивости положений Конституции, касающихся принципа разделения властей на три ветви, и существования органов, не входящих ни в одну из трех ветвей власти. Однако из текста проекта Программы неясно, каким образом это противоречие должно разрешиться. Иными словами, авторы проекта Программы не говорят, следует ли исключить из текста Конституции принцип разделения властей на три ветви либо включить такие государственные органы, как Конституционный совет, Избирательная комиссия, Прокуратура и некоторые другие формально не относящиеся ни к одной из ветвей власти органы, а также должность Президента Республики Казахстан в одну из трех ветвей власти. Очевидно, что проблема противоречивости положений Конституции существует по причине заимствования существующих казахстанских конституционных институтов из различных конституционно-правовых моделей. В частности, принцип разделения властей на три ветви был взят из американской конституционной модели, при которой президент является главой исполнительной власти, судебная власть находится в руках Верховного суда, а законодательная власть предоставлена конгрессу. С другой стороны, институт Конституционного совета был заимствован из французской конституционной модели, которая не определяет место Конституционного совета ни в одной из трех ветвей власти. Можно говорить о том, что французский Конституционный совет является квазисудебным органом, так как он выступает в роли арбитра в спорах о результатах президентских выборов (ст. 58 Конституции Франции). С другой стороны, однако, его можно сравнить с еще одной палатой французского Парламента, так как он проверяет соответствие органических законов (аналог Конституционного закона в Казахстане), обычных законов (ст. 61 Конституции), а также международных инструментов (ст. 54 Конституции Франции) положениям Конституции Франции до их обнародования или ратификации. Что касается прокуратуры, то ее статус в качестве независимого от Правительства органа был заимствован из советской конституционной модели. Кроме того, хотя авторы проекта Программы не упоминают Президента как субъекта, которого можно отнести к одной из трех ветвей власти, из содержания статей 40 и 64 Конституции Казахстана можно сделать вывод, что Президент не принадлежит ни к одной из ветвей власти, а обеспечивает согласованное функционирование этих ветвей власти. Таким образом, существование должности Президента в той форме, которая принята в Конституции Республики Казахстан, противоречит самому принципу разделения властей. Смешивание авторами Конституции

Республики Казахстан 1995 г. различных конституционных моделей неизбежно привело к конфликту между декларированным принципом разделения властей на три ветви и институтами, которые не входят ни в одну из трех ветвей власти. На наш взгляд, данный конфликт должен быть разрешен в пользу принципа разделения властей на три ветви путем реформы некоторых институтов государственной власти, а должность Президента должна рассматриваться в качестве института исполнительной власти. Что касается Конституционного совета, то возможны два варианта реформы. Согласно первому варианту он мог бы быть преобразован в Конституционный суд, как, например, в Германии, Италии или России, где высшая судебная власть разделена между Конституционным судом и Верховным судом. Другой вариант предполагает передачу полномочий Конституционного совета Верховному суду, который объединяет в себе роли высшей судебной инстанции и органа, осуществляющего толкование Конституции. Подобная модель существует в Соединенных Штатах, Дании, Канаде, Индии, Японии и будет существовать в Соединенном Королевстве с октября 2009 г., упразднив тем самым судебные функции Палаты Лордов. На наш взгляд, для Казахстана предпочтительна вторая модель, так как она будет способствовать унифицированному толкованию законодательства всех уровней, в том числе конституционного. Органы прокуратуры также не должны рассматриваться в качестве органов, не принадлежащих ни к одной из трех ветвей власти, а должны быть отнесены к исполнительной ветви власти, равно как и другие органы непосредственно подчиненные и подотчетные Президенту, как например органы национальной безопасности, финансовой полиции и др. Следует отметить, однако, что данный вопрос не нашел своего развития в тексте Концепции.

Развитие гражданского процессуального законодательства

Одним из прогрессивных положений проекта Программы, которое, к сожалению, не нашло отражения в тексте Концепции, является предложение о введении института групповых исков для защиты прав потребителей. Однако не совсем понятен смысл предложения авторов Программы о создании «специального органа» для разрешения таких исков. Представляется, что рассмотрением подобных дел мог бы заниматься суд первой инстанции на местах. Необходимо обратить внимание авторов проекта Программы, что система коллективных исков, действующая в Германии, имеет экспериментальный характер и что необходимо изучение опыта других стран, в том числе США, в которых система групповых исков (class action) зародилась и получила свое наибольшее развитие. В Италии с января 2009 г. вступают в действие поправки в Потребительский кодекс (Codice del Consumo), которые вводят институт групповых исков (azione collettiva risarcitoria).

Предложение авторов Программы о том, что Верховный суд должен формировать прецедентное право, на наш взгляд, является совершенно закономерным. Более того, это предложение подтверждает идею о том, что вопросами толкования норм права, в том числе конституционного, должен заниматься именно Верховный суд Республики Казахстан.

Развитие уголовного законодательства

Одним из положительных отличий текста Концепции от текста Программы является предложение авторов создать службу пробации, которая бы отвечала за исполнение всех видов альтернативных лишению свободы наказаний, а также осуществляла надзор над лицами, освобожденными условно-досрочно из мест лишения свободы (в тексте Концепции, однако, ошибочно говорится о внедрении альтернативных уголовному наказанию мер государственного принуждения). На наш взгляд, создание службы пробации могло бы стать одним из приоритетных направлений развития уголовного и уголовно-исполнительного законодательства Республики Казахстан. О необходимости преобразования уголовно-исполнительных инспекций в службу пробации указывается в аналитическом докладе Центра исследования правовой политики «Уголовно-исполнительная система Республики

Казахстан 2000-2008 гг.: современное состояние и перспективы развития» . При этом служба пробации не должна быть подотчетна МВД, а либо находиться в ведении Министерства юстиции, как например в Дании и Финляндии, либо в ведении другого гражданского министерства, например, Министерства общественного развития и спорта, как в Сингапуре, либо программа пробации должна осуществляться негосударственными агентствами, как например в Нидерландах .

Развитие уголовно-процессуального законодательства

В настоящий момент вопрос об исключении из уголовного дела материалов, недопустимых в качестве доказательств, решается судом на стадии подготовительной части главного судебного разбирательства (ст. 343 УПК РК). Авторы проекта Программы указывают на необходимость регламентации в УПК специальной формы судопроизводства по исключению из уголовного дела фактических данных, не имеющих требуемого качества. Несомненно, данное предложение обосновано, прежде всего, необходимостью обеспечить суд и стороны достаточным временем для подготовки к слушанию о допустимости доказательств, а также предусмотреть четкие стандарты для допустимости доказательств. Однако более важным условием эффективности данной формы судопроизводства, на наш взгляд, является требование того, чтобы судья, который участвует при рассмотрении вопроса о назначении главного судебного разбирательства и слушании о допустимости доказательств, не принимал участия в разбирательстве дела по существу. Такое разделение функций между судьями на разных этапах уголовного процесса обеспечило бы большую беспристрастность суда, так как у судьи, который решает вопрос об исключении доказательств, может сложиться предубеждение против подсудимого или потерпевшего, в том числе на основе материалов, исключенных им из списка доказательств. Практика разделения функций между различными судьями на разных стадиях уголовного процесса используется в Италии. Так, на стадии предварительного следствия вопросы, связанные с ограничением прав обвиняемого, в том числе санкционирование ареста, решаются судьей по предварительному следствию (*giudice per le indagini preliminari* или GIP), другой судья, который именуется судьей по предварительному слушанию (*giudice dell'udienza preliminare* или GUP), участвует в рассмотрении вопросов о достаточности доказательств для назначения главного судебного разбирательства, в противном случае он выносит решение о невозможности продолжать уголовное судопроизводство, которое имеет силу оправдательного приговора; и наконец, судья или коллегия судей, а в ряде случаев коллегия с участием народных заседателей, которые участвуют в главном судебном разбирательстве и выносят решение о виновности или невиновности подсудимого.

Интересным является тезис Программы и Концепции о том, что необходимо развивать курс на специализацию в уголовном судопроизводстве. Учитывая то, что в Казахстане развиваются специализированные суды по делам несовершеннолетних, мы бы рекомендовали авторам Программы рассмотреть вопрос о целесообразности изучения моделей ювенальной юстиции, которые включают в процесс судопроизводства по данной категории дел наряду с профессиональными судьями народных заседателей из числа педагогов, детских психологов и других работников из сферы образования. В частности, подобная модель используется в Германии в так называемых ювенальных шеффенских судах (*Jugendschöffengericht*), которые состоят из одного профессионального судьи и двух ювенальных народных заседателей (*Jugendschöffen*), причем один из народных заседателей должен быть женского пола. При рассмотрении уголовного дела, в котором подсудимым является несовершеннолетний, важно не только вынести правильное решение о виновности или невиновности подсудимого, но также вынести правильное наказание для исправления подростка, совершившего преступление. При этом знания по возрастной психологии и педагогике были бы просто необходимы.

На наш взгляд, положения Программы и Концепции, посвященные суду с участием присяжных заседателей, нуждаются в доработке. Во-первых, на наш взгляд, авторам

Программы необходимо более четко сформулировать предложение о расширении подсудности суда с участием присяжных заседателей. Мы полностью согласны с тезисом о том, что Конституция Республики Казахстан не ограничивает подсудность суда с участием народных представителей лишь некоторыми категориями уголовных дел, однако авторам Программы необходимо указать, какие категории дел необходимо передать в юрисдикцию данных судов в ближайшие пять лет, например, все дела об особо тяжких и тяжких преступлениях. Во-вторых, не совсем понятно, какие другие конкретные меры предлагаются авторами Программы для развития судопроизводства с участием присяжных заседателей. На наш взгляд, законодателю необходимо рассмотреть вопрос о трансформации существующей в Казахстане шеффенской модели народного участия в отправлении правосудия, при которой профессиональные судьи и народные представители совещаются вместе, в подлинный суд присяжных, при котором коллегия присяжных заседателей совещается без вмешательства профессионального судьи и выносит свой вердикт независимо от влияния профессионального судьи. Такая реформа сделала бы суд с участием присяжных заседателей более независимым и беспристрастным.

Полностью поддерживаем предложения авторов Программы и Концепции о развитии системы судебного контроля за досудебным производством по уголовным делам. На наш взгляд, казахстанским законодателям необходимо рассмотреть вопрос о создании новой судебной должности, подобной должности судьи по предварительному расследованию, существующей в некоторых европейских странах, в частности в Германии (Ermittlungsrichter), Италии (Giudice per le indagini preliminari) и Франции (Juge des libertés et de la détention). К данному судье, который не отвечал бы за руководство следствием, перешли бы многие надзорные функции за следствием, в настоящий момент, на наш взгляд, неоправданно находящиеся в компетенции прокуратуры, органа, который осуществляет уголовное преследование, что противоречит принципу состязательности и равноправия сторон. На наш взгляд, такому судье должны быть переданы все полномочия, связанные с санкционированием процессуальных действий, ограничивающих конституционные права граждан, в том числе решение о залоге и санкционирование других мер пресечения; санкционирование ареста на имущество (ст. 161 УПК); санкция на осмотр жилого помещения, а также обыска и выемки (ч. 12 ст. 222 и ч. 3 ст. 232 УПК); санкционирование наложения ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка (ст. 235 УПК); перехват сообщений (ст. 236 УПК); санкционирование прослушивания и записи переговоров (ст. 237 УПК); санкционирование объявления международного розыска обвиняемого (ст. 267-1 УПК); санкционирование помещения несовершеннолетнего в специальное детское учреждение (ст. 490 УПК).

Трудно согласиться с предложением авторов Программы о предоставлении следователям таких привилегий, как неприкосновенность в уголовном процессе. Хотя данное предложение было исключено из текста Концепции и было заменено общим положением о «мерах по повышению процессуального статуса следователя», представляется, что процессуальный статус следователя не должен быть усилен. Следствие должно находиться под контролем прокурора и суда.

Адвокатура

При обсуждении вопросов, связанных с регулированием адвокатской деятельности, авторы Концепции упустили вопрос об укреплении независимости адвокатуры от государственных органов. На наш взгляд, проблемы, связанные с предоставлением квалифицированной юридической помощи, а также деятельностью так называемых «карманных» адвокатов, связаны в том числе с недостатками законодательства об адвокатской деятельности, в частности положений, определяющих процесс допуска к адвокатской профессии. Во-первых, на наш взгляд, для того чтобы исключить зависимость этого профессионального сословия от государства, полномочия, связанные со сдачей и приемом квалификационного экзамена, должны быть переданы от Министерства юстиции органам адвокатуры, которые должны

сами определять порядок сдачи экзамена, а самое главное, принимать экзамены и рекомендовать лиц, сдавших экзамен, на получение лицензии адвоката. Во-вторых, бывшие работники правоохранительных органов и судьи должны сдавать квалификационные экзамены на занятие адвокатской деятельностью на общих основаниях вне зависимости от их опыта работы. Это исключит попадание в органы адвокатуры неквалифицированных лиц.

Судебная система

Трудно не согласиться с предложением авторов Концепции о том, что необходимо принять меры по дальнейшему совершенствованию порядка отбора судейских кадров, а также изучить вопрос ужесточения квалификационных требований к кандидатам в судьи. Действительно, действующее законодательство предъявляет слишком низкие квалификационные требования к кандидатам на должность судьи первой инстанции, допуская к профессии людей с довольно небольшим профессиональным опытом - всего 2 года стажа по юридической профессии, что может представлять собой работу секретарем судебного заседания при наличии заочного юридического образования. Необходимо увеличить требования в отношении стажа, например, не менее 7 лет, а также определить конкретный список должностей и профессий, которые могут рассматриваться в качестве достаточного опыта для работы судьей. В частности, по нашему мнению, недопустимо засчитывать в такой стаж опыт работы в правоохранительных органах, в том числе в качестве дознавателя или следователя, а также в качестве судебного пристава, судебного исполнителя, секретарей судебного заседания и других должностных лиц из административного персонала. В стаж работы по юридической специальности для кандидатов в судьи должна, по нашему мнению, засчитываться только работа в качестве адвоката и прокурора, а также сотрудника юридической фирмы, который имеет опыт участия в судебных процессах в качестве представителя сторон. Причем, исходя из того, что казахстанский законодатель намерен развивать специализацию судов, при назначении лица судьей необходимо учитывать его опыт работы именно в той области права, которая требуется для данной должности судьи. Иными словами, в суд по гражданским или коммерческим делам не следует назначать бывшего прокурора, который имеет опыт работы только по уголовным делам, или сотрудника юридической фирмы, работавшего в сфере налогового права, не следует назначать в ювенальный суд.

Можно рассмотреть вопрос о периодических выборах судей судов первой и апелляционной инстанций. Проверку о соответствии требованиям, предъявляемым к кандидатам в судьи, мог бы по-прежнему осуществлять Высший судебный совет. Это обеспечило бы большую ответственность судей перед народом и более демократичный характер формирования судебной власти. В то же время вопрос об избрании судей Верховного суда должен остаться в компетенции Сената Парламента. Однако для того чтобы обеспечить подлинный характер выборов, Сенату Парламента необходимо представлять как минимум два, а желательно три кандидата на каждую вакантную должность судьи. Такая модель используется, например, при избрании судей Европейского суда по правам человека.

Законодательство о правах человека

Хотя авторы Программы и Концепции обсуждают некоторые вопросы, связанные с развитием такого правозащитного института, как Омбудсмен, тем не менее, на наш взгляд, вопросы о развитии законодательства о правах человека не получили заслуженного рассмотрения. Эффективным механизмом развития законодательства о правах человека мог бы стать Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ). Для того чтобы граждане Казахстана имели возможность обратиться с жалобой в ЕСПЧ, Казахстан должен быть принят в состав Совета Европы. Вопрос о возможности сотрудничества между Казахстаном и Советом Европы рассматривался органами Совета Европы, в том числе и Парламентской ассамблеей. Хотя принято думать, что Казахстан в силу своего географического положения

не может стать членом Совета Европы, официальные лица Совета Европы утверждают обратное.

В частности, в докладе Комитета по политическим делам ПАСЕ говорится, что поскольку часть территории Республики Казахстан находится на европейском континенте аналогично ситуации с Турцией и Россией, а также в связи с тем, что некоторые члены Совета Европы находятся на территории Азии, как например Азербайджан, Армения и Грузия, то Казахстан может получить статус специального гостя. Статус специального гостя является первой ступенью для получения членства в Совете Европы. В связи с этим было бы предпочтительным включить в текст Концепции положение о стремлении Казахстана войти в состав Совета Европы, а также то, какие для этого шаги должно предпринять руководство Казахстана.

Март 2009 г.