

ПАШИН С. А.
профессор НИУ «Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук,
заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке

Санкционирование ареста судом¹

Публикация посвящена теоретическим и практическим вопросам судебного контроля за правомерностью ограничения права человека на свободу и личную неприкосновенность. Рассматривается одна из форм такого контроля на досудебных стадиях казахстанского уголовного процесса: санкционирование судом ареста обвиняемого (подозреваемого), ранее находившегося на свободе или задержанного накануне.

Содержащиеся в публикации предложения содержат взгляды и мнения автора и имеют рекомендательный характер и основаны на международных актах о защите прав человека, решениях Комитета ООН по правам человека, конституционном и уголовно-процессуальном законодательстве Республики Казахстан. Автор экспертного заключения также поднимает вопросы по совершенствованию законодательства по вопросам санкционирования судом меры пресечения в виде ареста.

Настоящая работа предназначена для практикующих судей, прокуроров, адвокатов, научных работников юридических вузов, юристов правозащитных организаций и других представителей правовой профессии.

¹ Настоящая публикация подготовлена Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане. Публикация была дополнена и переработана в 2011 г.

К САНКЦИОНИРОВАНИЮ АРЕСТА СУДОМ

Правовые источники

В преамбуле Международного пакта о гражданских и политических правах подчеркивается: «...Идеал свободной человеческой личности, пользующейся гражданской и политической свободой и свободой от страха и нужды, может быть осуществлен только, если будут созданы такие условия, при которых каждый может пользоваться своими... правами», причем «государства обязаны поощрять всеобщее уважение и соблюдение прав и свобод человека»².

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»³. 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»⁴.

В соответствии с Конституцией Республики Казахстан «Каждый имеет право на личную свободу. ...Арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных законом случаях и лишь с санкции суда с предоставлением арестованному права обжалования. Без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов»⁵.

Данные положения международного права и конституционного законодательства Республики Казахстан составляют базу для действия и развития в стране института habeas corpus, являющегося важнейшей гарантией свободы и неприкосновенности личности. Именно благодаря процедуре habeas corpus люди защищаются судом от произвольных арестов, сопутствующих им пыток, ограничений контактов с внешним миром, других злоупотреблений властью.

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 него⁶ иначе как по приговору суда, по законам страны». В 1679 году элементом статутного права Англии стал Habeas Corpus Act

² Международный пакт о гражданских и политических правах//Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 53. Ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28.11.2005 N 91-3 "О ратификации Международного пакта о гражданских и политических правах». (Далее – МПГПП).

³ Там же. – С. 56.

⁴ Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека от 26 мая 1995 г.//Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 713.

⁵ Части 1 и 2 ст. 16 Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. (далее – Конституция РК).

⁶ То есть «не снарядим против него карательную экспедицию».

(«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» Монмута⁷. 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 law⁸, родоначальниками которого выступили Вестминстерские судьи во времена Вильгельма Завоевателя и наследников его трона.

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 и других государств Центральной Азии вобрали в себя только ряд элементов 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 уголовно-процессуальных кодексах стран соответствующего региона.

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 вида 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.

Основополагающие черты института habeas corpus

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.

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. «Никто не может быть задержан по подозрению в совершении

⁷ Романов А.К. Правовая система Англии. – М.: Дело, 2000. – С. 326.

⁸ (Англ.) – букв.: «общее право». По сути, выработанное английскими судьями прецедентное право.

преступления, арестован или иным образом лишен свободы иначе, как на основаниях и в порядке, установленных... Кодексом. ...Арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных... Кодексом случаях и лишь с санкции суда с предоставлением арестованному права судебного обжалования. Без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов»⁹.

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 непредсказуемости¹⁰.

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 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).

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 форме¹¹.

Признание ареста исключительной мерой, применяемой только по необходимости

Казахстанский законодатель в соответствии со стандартами международного сообщества проводит мысль об исключительном характере ареста как меры пресечения, допуская ее применение: по делам об умышленных преступлениях, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не менее пяти лет; в исключительных случаях эта мера пресечения может быть применена в отношении обвиняемого, подозреваемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок менее пяти лет, – при наличии особых обстоятельств,¹² связанных с лично-

⁹ Части 1 и 2 ст. 14 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 206-І (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.01.2011 г.) (далее – УПК РК).

¹⁰ Алберт Вома Муконг против Камеруна, 21 июля 1994 года.

¹¹ См.: Свод 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.)//Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 216. (Далее: Свод принципов).

¹² Часть 1 ст. 150 УПК РК. До января 2011 г. было предусмотрено применение ареста лишь в отношении обвиняемого, подозреваемого в совершении умышленных преступлений, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет, и в совершении неосторожных преступлений, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше трех лет. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть применена в отношении обвиняемого, подозреваемого по делам о преступлениях, за которые законом предусмотре-

стью обвиняемого (подозреваемого) либо его ненадлежащим поведением.¹³ Арест к несовершеннолетним применяется только в исключительных случаях и при условии, что им приписывается совершение тяжкого или особо тяжкого преступления; максимальная продолжительность содержания подростка под стражей на досудебных стадиях процесса не может превышать 6 месяцев¹⁴. При этом арест применяется, если нет возможности использовать более мягкую меру пресечения¹⁵.

Незамедлительное доставление подозреваемого (обвиняемого) к судье

Исключительно важно, что законодатели Казахстана 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. 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 человека¹⁶.

Уголовно-процессуальное законодательство Республики Казахстан устанавливает сроки доставления обвиняемого (подозреваемого) к судье, в целом отвечающие критерию незамедлительности: 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 задержания¹⁷. Судья обязан рассмотреть ходатайство органов уголовного преследования об аресте в течение 8 часов с момента поступления материалов в суд¹⁸.

Доступность помощи адвоката

Предоставление задержанному, как и лицу, в отношении которого решается вопрос о заключении под стражу, квалифицированной юридической помощи адвоката, является требованием международных норм о защите прав человека¹⁹.

В соответствии с Конституцией Республики Казахстан, «Каждый задержанный, арестованный, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента, соответственно, задержания, ареста или предъявления обвинения»²⁰.

но наказание в виде лишения свободы на срок не свыше двух лет, при наличии особых обстоятельств.

¹³ Согласно ч. 1 ст. 150 УПК РК - если подозреваемый/обвиняемый не имеет постоянного места жительства на территории Республики Казахстан; не установлена его личность; им нарушена ранее избранная мера пресечения; он пытался скрыться или скрывается от органов уголовного преследования или суда; он обвиняется либо подозревается в совершении преступления в составе организованной группы или преступного сообщества (преступной организации); он имеет судимость за ранее совершенное тяжкое или особо тяжкое преступление.

¹⁴ Части 3 и 4 ст. 491 УПК РК.

¹⁵ Часть 3 ст. 150 УПК РК.

¹⁶ Вуоланн против Финляндии, 7 апреля 1980.

¹⁷ Часть 4 ст. 150 УПК РК.

¹⁸ Часть 6 ст. 150 УПК РК.

¹⁹ См., например, Принципы 17 и 18 Свода принципов.

²⁰ Часть 3 ст. 16 Конституции РК.

Непродолжительность ареста

К сожалению, в странах Центральной Азии, как, впрочем, и в России, предусматриваются чрезмерно продолжительные сроки ареста. В Казахстане предельный срок содержания под стражей по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях составляет 12 месяцев²¹. Фактически время пребывания под стражей (особенно по уголовным делам с множеством эпизодов), может растягиваться на неопределенно долгий период: ведь течение срока приостанавливается для узника, знакомящегося с материалами дела либо ожидающего, пока с делом ознакомится его защитник, прокурор и другие обвиняемые²². При этом, в качестве общего правила провозглашается, что срок ареста на стадии предварительного расследования уголовного дела не должен превышать 2 месяцев²³.

Данное обстоятельство серьезно угрожает соблюдению требования о непродолжительности ареста. В тоже время Верховный Суд РК отметил, что согласно части 3 статьи 9 МПГПП каждое лицо, подвергнутое аресту или задержанию, имеет право на судебное разбирательство дела в течение разумного срока или на освобождение его до суда. Разумный срок завершения судебного разбирательства предполагает не только соблюдение пределов установленного законодательством сроков судопроизводства, но и возможность его завершения в более краткий срок, исходя из конкретных обстоятельств рассматриваемого дела.²⁴

Неоправданно долгое содержание лиц под стражей может быть сведено на нет благодаря твердой правовой позиции судей, которые в каждом конкретном случае устанавливали бы срок ареста, разумно необходимый для производства предварительного расследования и достижения интересов правосудия, не подчиняясь искушению воспользоваться максимально возможным сроком содержания под стражей. Например, в отношении подозреваемого нужно ограничиваться первоначально 10-дневным сроком заключения под стражу, достаточным для предъявления ему обвинения²⁵.

Казахстанское уголовно-процессуальное законодательство возлагает на руководителя администрации места содержания под стражей обязанность освободить обвиняемого из-под стражи, если истекли сроки его содержания под стражей²⁶.

Сохранение контактов с внешним миром

В 1996 году 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».²⁷ 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.

²¹ Часть 4 ст. 153 УПК РК.

²² Часть 15 ст. 153 УПК РК.

²³ Часть 1 ст. 153 УПК РК.

²⁴ Согласно п. 13 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан» (с изменениями от 21.04.2011 г.).

²⁵ Часть 1 ст. 153 УПК РК.

²⁶ Часть 13 ст. 153 УПК РК; ст. 48 Закона Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-1 «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

²⁷ См.: Общие комментарии Комитета ООН по правам человека №21, пар. 3.

Законодательство Казахстана предусматривает уведомление родственников обвиняемого о факте избрания самой радикальной меры пресечения²⁸. Лицо или орган, в производстве которого находится уголовное дело, обязано уведомить в течение двенадцати часов одного из родственников подозреваемого или обвиняемого о месте или об изменении места его содержания под стражей²⁹. О задержании, аресте или продлении срока содержания под стражей немедленно ставятся в известность родители несовершеннолетнего или другие его законные представители, а при их отсутствии - близкие родственники³⁰.

II. ПРЕДПОСЫЛКИ АРЕСТА

Правовые предпосылки ареста

Общие правовые предпосылки

Арест является одной из мер пресечения. Поэтому, как и любая другая мера пресечения, арест может применяться лишь при сочетании следующих условий.

Во-первых, уголовное дело возбуждено и принято к производству надлежащим должностным лицом. Именно это должностное лицо применяет меру пресечения (ходатайствует об ее применении, поддерживает соответствующее ходатайство).

Во-вторых, данная мера пресечения применяется к обвиняемому. Обвиняемый - это «лицо, в отношении которого вынесено постановление о привлечении в качестве обвиняемого, а также лицо, в отношении которого составлен и утвержден начальником органа дознания протокол обвинения или протокол упрощенного досудебного производства либо следователем составлен протокол упрощенного досудебного производства»³¹.

Арест может применяться и к подозреваемому, но лишь в исключительных случаях³². При этом подозреваемым считается не просто лицо, подозреваемое в совершении преступления, но лишь такое, к которому в связи с этим применены задержание или мера пресечения, либо в отношении которого возбуждено уголовное дело³³.

В-третьих, обвинение (подозрение) обосновано совокупностью доказательств, достаточной для вывода о вероятной причастности лица к приписанному ему деянию. Иными словами, обоснованное подозрение предполагает наличие достаточных данных о том, что соответствующее лицо могло совершить это преступление.

При этом деяние, как оно описано следователем:

- действительно нарушает уголовный закон, а не является, например, гражданским деликтом либо поступком, не содержащим состава преступления из-за малозначительности,

²⁸ Часть 14 ст. 150 УПК РК.

²⁹ Часть 4 ст. 7 Закона Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-1 «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

³⁰ Часть 5 ст. 491 УПК РК.

³¹ Часть 1 ст. 69 УПК РК; аналогично – ст. 2 Закона Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-1 «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

³² Часть 1 ст. 142 УПК РК.

³³ Часть 1 ст. 68 УПК РК; аналогично – ст. 2 Закона Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-1 «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

придания милостивому закону обратной силы, необходимой обороны и других обстоятельств, устранивающих преступность деяния³⁴;

- может на данный момент служить причиной уголовного преследования (то есть сроки давности привлечения к уголовной ответственности не истекли, амнистия не состоялась, нет других оснований для прекращения уголовного дела).

В-четвертых, в применении меры пресечения есть процессуальная необходимость, поскольку имеются подкрепленные доказательствами достаточные основания полагать, что лицо:

- скроется от дознания, предварительного следствия или суда;
- либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела в суде;

или будет продолжать заниматься преступной деятельностью³⁵.

Данная необходимость устанавливается также с учетом факторов, перечисленных в статье 141 УПК РК, требующей принять во внимание еще и «тяжесть предъявленного обвинения, личность обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий, имущественное положение, наличие постоянного места жительства и другие обстоятельства»³⁶.

В-пятых, тяготы избираемой меры пресечения соразмерны приписанному деянию, опасности личности обвиняемого (подозреваемого), вероятности его ненадлежащего поведения и серьезности прогнозируемого вреда от его возможных противоправных поступков. Необходимо, в частности, убедиться, что обвиняемый (подозреваемый) способен перенести меру пресечения без излишнего вреда для его физического и душевного здоровья, для его и его близких законных интересов.

Специальные предпосылки

Арест также является самой строгой мерой пресечения, ограничивающей упомянутое в Конституции Республики Казахстан естественное право человека на личную свободу³⁷. Поэтому имеются дополнительные условия применения в качестве меры пресечения ареста.

Во-первых, «Арест в качестве меры пресечения применяется только с санкции суда и лишь в отношении обвиняемого, подозреваемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не менее пяти лет. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть применена в отношении обвиняемого, подозреваемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок менее пяти лет, если:

- 1) он не имеет постоянного места жительства на территории Республики Казахстан;
- 2) не установлена его личность;
- 3) им нарушена ранее избранная мера пресечения;
- 4) он пытался скрыться или скрылся от органов уголовного преследования или суда;
- 5) он обвиняется либо подозревается в совершении преступления в составе организованной группы или преступного сообщества (преступной организации);
- 6) он имеет судимость за ранее совершенное тяжкое или особо тяжкое преступление»³⁸.

³⁴ Часть 2 ст. 9, ч. 1 ст. 5, ст. 32 УК РК.

³⁵ Статья 139 УПК РК.

³⁶ Статья 141 УПК РК.

³⁷ Часть 1 ст. 16 Конституции РК.

³⁸ Часть 1 ст. 150 УПК РК.

«Арест в качестве меры пресечения, а также задержание могут применяться к несовершеннолетнему... лишь в исключительных случаях при совершении тяжкого или особо тяжкого преступления»³⁹.

Во-вторых, мера пресечения в виде ареста оказывается в данном случае единственно разумной, поскольку «нет возможности предотвратить последствия, предусмотренные статьей 139... Кодекса, путем избрания более мягкой меры пресечения»⁴⁰.

Волевые предпосылки ареста

Уголовно-процессуальный закон не обязывает следователя и прокурора избирать какую бы то ни было меру пресечения в отношении обвиняемого (подозреваемого), позволяя органам уголовного преследования использовать менее радикальные меры процессуального принуждения (например, обязательство о явке⁴¹), а то и вовсе обойтись без них. Таким образом, применение ареста может санкционироваться судьей лишь при условии, что прокурор, следователь, орган дознания вынесут постановление о возбуждении перед судом ходатайства о санкционировании ареста и, приложив к нему необходимые материалы, направят их прокурору, который в свою очередь, изучив все представленные материалы, допросив, при необходимости, обвиняемого (подозреваемого), вынесет постановление о поддержании ходатайства следователя или органа дознания о санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого) и направит материалы в суд⁴².

Решая вопрос об обращении в суд за санкцией на арест, прокурору следует не только убедиться в правовой возможности и необходимости избрания меры пресечения в виде ареста, но также и оценить судебную перспективу соответствующего ходатайства с точки зрения существующей судебной практики.

При отказе прокурора в поддержании ходатайства обвиняемый, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи. Постановление прокурора об отказе в поддержании ходатайства следователя или органа дознания о санкционировании ареста и освобождении из-под стражи обвиняемого, подозреваемого может быть обжаловано следователем, органом дознания вышестоящему прокурору либо участниками процесса, защищающими свои или представляемые права и интересы.⁴³

При этом в законе отсутствуют нормы предусматривающие основания для отказа в поддержании прокурором ходатайства следователя или органа дознания о санкционировании ареста.

Материалы, подтверждающие необходимость ареста

В суд для рассмотрения вопроса о санкционировании ареста представляются следующие документы:

- постановление следователя об избрании меры пресечения в виде ареста и ходатайство об его санкционировании судом;
- постановление прокурора о поддержании ходатайства следователя о санкционировании ареста;
- заявление, рапорт и другие материалы, послужившие основанием для возбуждения уголовного дела (копии);

³⁹ Часть 3 ст. 491 УПК РК.

⁴⁰ Часть 3 ст. 150 УПК РК.

⁴¹ Статья 157 УПК РК.

⁴² Части 2 и 3 ст. 150 УПК РК.

⁴³ Часть 3 ст. 150 УПК РК.

- постановление о возбуждении уголовного дела (копия);
- постановление следователя о языке судопроизводства (копия);
- ордер адвоката (копия);
- протокол задержания в порядке ст. 132 УПК (копия);
- постановление о привлечении в качестве обвиняемого (копия);
- протокол допроса обвиняемого (подозреваемого), кроме случаев, разумеется, когда побег этого лица помешал его допросить (копия);
- протокол допроса потерпевшего (копия);
- характеризующие личность обвиняемого (подозреваемого) материалы (копии);
- документ, удостоверяющий личность обвиняемого (подозреваемого); такими документами признаются: паспорт; удостоверение личности; вид на жительство иностранца; военный билет; некоторые другие документы⁴⁴.

Следователь вправе представить и иные материалы: протокол очной ставки, проведенной между подозреваемым и потерпевшим; протоколы допроса свидетелей; протокол осмотра места происшествия; протокол осмотра трупа; протокол обыска; протокол предъявления для опознания; заключения экспертов; вещественные доказательства. Если документов, удостоверяющих личность обвиняемого (подозреваемого) получить своевременно не удалось, для установления его личности могут быть использованы, в частности: его показания и заявления; свидетельские показания его родственников и знакомых; дактилоскопические сведения по автоматизированной системе «Адис-Папилон».

Копии документов заверяются гербовой печатью органа уголовного преследования.

III. ПОРЯДОК САНКЦИОНИРОВАНИЯ АРЕСТА СУДОМ

Разрешение судом вопроса о необходимости ареста обвиняемого (подозреваемого) является формой осуществления правосудия и подчиняется в своих основных чертах общим условиям судебного разбирательства⁴⁵. Данный вывод вытекает, в частности, из положений Конституции Республики Казахстан: «Судебная власть распространяется на все дела и споры, возникающие на основе Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров Республики»⁴⁶. Суд, призванный ограждать конституционные права и свободы граждан от злоупотреблений властью, не может лишить доступа к правосудию людей, которым угрожают ограничением личной неприкосновенности.

Отмеченное обстоятельство сказывается самым существенным и определенным образом на всей процедуре санкционирования ареста судом. В частности, в рамках данного производства, как и в главном судебном разбирательстве, может подниматься вопрос о допустимости доказательств. Не имеют юридической силы доказательства, полученные незаконным способом⁴⁷.

Предварительные действия и решения суда

Ходатайства о санкционировании ареста рассматриваются судом по месту производства предварительного следствия либо по месту задержания подозреваемого⁴⁸. Право санкционирования ареста принадлежит судьям районного и приравненного к нему суда, а в случаях обжалования, опротестования постановления суда о санкционировании меры пресечения в виде ареста или продлении срока ареста, об отказе в даче санкции на арест или отказе в

⁴⁴ См.: примечание к ст. 280 УПК РК.

⁴⁵ Глава 40 УПК РК.

⁴⁶ Часть 2 ст. 76 Конституции Республики Казахстан.

⁴⁷ Пункт 9 ч. 3 ст. 77 Конституции Республики Казахстан.

⁴⁸ Часть 6 ст. 150 УПК РК.

продлении срока ареста обвиняемого, подозреваемого судьи областного и приравненного к нему суда.⁴⁹ При наличии на соответствующей территории военного суда гарнизона, судьи этого суда рассматривают ходатайства о санкционировании ареста по делам, подсудным военным судам.

В судах организовано круглосуточное дежурство судей и специалистов аппаратов районных судов для своевременного приема и рассмотрения ходатайств о санкционировании меры пресечения в виде ареста обвиняемого (подозреваемого).

При регистрации поступившего ходатайства о санкционировании ареста указывается дата и точное время принятия документов⁵⁰. В суде по каждому ходатайству формируется отдельное производство, куда помещаются (подшиваются): материалы, поступившие от органа уголовного преследования; материалы, представленные стороной защиты и другими участниками процесса; иные исследованные судьей материалы; протокол судебного заседания; итоговое постановление судьи в копии.

Ознакомление с представленными материалами позволяет судье, прежде всего, убедиться в поступлении их в надлежащий суд, которому подсудно рассмотрение данного ходатайства. В противном случае судья обязан вынести **постановление о направлении ходатайства по подсудности** и уведомить о том прокурора.

При ознакомлении с поступившими материалами могут обнаружиться и другие обстоятельства, исключающие рассмотрение ходатайства об аресте по существу, в частности:

- обращение в суд ненадлежащих должностных лиц;
- обращение в суд с ходатайством об аресте лица, не являющегося обвиняемым (подозреваемым);
- обращение в суд с ходатайством об аресте задержанного после истечения 72-часового срока с момента его фактического задержания;
- повторное обращение органа уголовного преследования в суд с ходатайством о санкционировании меры пресечения в виде ареста в отношении одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в санкционировании указанной меры пресечения - при отсутствии новых обстоятельств, обосновывающих необходимость ареста⁵¹;
- полное отсутствие доказательств, подтверждающих необходимость заключения подозреваемого (обвиняемого) под стражу.

По общему правилу, в таких случаях необходимо вынести **постановление об оставлении ходатайства без рассмотрения** и возвращении его прокурору. Однако, исходя из требований к справедливому правосудию, предполагающему незамедлительное и эффективное восстановление лиц в нарушенных правах, такое постановление не должно выноситься, когда из поступивших документов видно, что имеется фактически задержанное лицо. В этом случае судья должен назначить судебное заседание, имея в виду впоследствии отказать в удовлетворении ходатайства по формальным (процессуальным) основаниям. Таким образом, на данном этапе правомерно оставление ходатайства без рассмотрения, только если оно внесено в отношении ареста лица, находящегося на свободе: ведь в этом случае не требуется экстренная судебная защита его права на личную неприкосновенность.

Не найдя обстоятельств, препятствующих рассмотрению ходатайства, судья **назначает судебное заседание**, о чем может быть вынесено письменное постановление, хотя закон это-

⁴⁹ Пункт 3 части 4 ст. 110 УПК РК.

⁵⁰ См.: распоряжение Председателя Верховного Суда Республики Казахстан от 15 августа 2008 г. № 2-12-11/ 2633.

⁵¹ Часть 12 ст. 150 УПК РК.

го не требует и соответствующие подготовительные к суду распоряжения могут отдаваться устно.

Как верно подчеркивается в подробном и весьма интересном пособии Р.Н.Юрченко, «...До начала судебного разбирательства судье необходимо предусмотреть и совершить ряд действий распорядительного характера, направленных на обеспечение проведения судебного разбирательства, в частности:

- определить время и место проведения судебного заседания;
- обеспечить явку подозреваемого, обвиняемого, прокурора, защитника;
- обеспечить доставку в судебное заседание подозреваемого, обвиняемого, находящегося под стражей;
- уведомить о времени и месте рассмотрения ходатайства других лиц, которые вправе участвовать в судебном разбирательстве;
- при необходимости истребовать уголовное дело;
- указать, на кого возлагается выполнение распоряжений председательствующего и др.»⁵².

Допустимо назначение по согласованию с соответствующим прокурором выездного заседания суда.

Наряду с прокурором, о времени и месте рассмотрения ходатайства извещаются: защитник, подозреваемый/обвиняемый. Также на заседании вправе присутствовать законный представитель подозреваемого/обвиняемого, потерпевший, его законный представитель и представитель⁵³. В случае отсутствия у суда возможности своевременного извещения сторон о рассмотрении ходатайства о санкционировании ареста, к решению этого вопроса может привлекаться возбуждавший ходатайство орган⁵⁴.

Органы уголовного преследования обязаны по требованию судьи немедленно представить уголовное дело либо те его материалы, которые судья сочтет необходимым получить для исследования обстоятельств, учитываемых при избрании меры пресечения.

Сторона защиты и другие участники судебного заседания вправе знакомиться с ходатайством о санкционировании ареста и приложенными к нему материалами; судья или, по его поручению, работники аппарата суда, обязаны до начала судебного заседания обеспечить сторонам такую возможность при поступлении соответствующих просьб.

По мнению Коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан, «В случае истребования судом всех материалов уголовного дела, право ознакомления с ними, кроме самого судьи, имеет только прокурор», поскольку ознакомление участников процесса «со всеми материалами дела является отдельной стадией уголовного процесса, которая осуществляется после окончания всех следственных действий по делу»⁵⁵. С этой позицией нельзя согласиться. Во-первых, ознакомление с рядом документов, имеющихся в деле (например, с заключением эксперта), допускается до окончания предварительного расследования. Во-вторых, на этапе рассмотрения ходатайства об аресте уголовное дело не окончено производством, а значит, речь идет об ознакомлении не со «всеми» доказательствами, но только с имеющимися на данный момент. В-третьих, утаивание от защиты материалов, дос-

⁵² Юрченко Р.Н. О судебном санкционировании мер пресечения (практическое пособие). – Алматы: Жеті жарғы, 2009. - С. 61.

⁵³ Часть 6 ст. 150 УПК РК.

⁵⁴ См.: распоряжение Председателя Верховного Суда Республики Казахстан от 15 августа 2008 г. № 2-12-11/ 2633.

⁵⁵ Рекомендации (ответы на вопросы) по применению норм Уголовно-процессуального кодекса, регламентирующих санкционирование судами меры пресечения в виде ареста и домашнего ареста. Коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан.

тупных прокурору и судье, нарушает принцип «равенства оружия», утвержденный в практике международных органов по защите прав человека, противоречит равенству сторон в судебном разбирательстве. «Все равны перед законом и судом»⁵⁶.

Следует признать, что истребованные судьей материалы уголовного дела должны быть предоставлены для ознакомления стороне защиты. Прокурор, не заинтересованный в осведомленности стороны защиты относительно собранных доказательств, не вправе рассчитывать на использование (учет) этих материалов судьей при вынесении постановления. По сути, желание судьи получить дополнительные материалы означает недостаточность предоставленных доказательств для ареста обвиняемого (подозреваемого). Если дополнительные материалы из уголовного дела не будут предметом состязательного судебного разбирательства, в ходатайстве об аресте должно быть отказано.

Судье надлежит по ходатайству стороны защиты оказать помощь соответствующим участникам процесса в истребовании доказательств. Формой такого содействия может быть, в частности, выданный на руки защитнику запрос суда.

Доказывание

Участвующий в судебном заседании прокурор обязан доказать наличие надлежащих правовых и «волевых» предпосылок ареста⁵⁷, делающих заключение под стражу подозреваемого (обвиняемого) **необходимой**, оправданной и единственно возможной в данных условиях формой процессуального принуждения. Прокурор обязан отстоять предлагаемую квалификацию деяния, в котором обвиняется (подозревается) лицо, а перед этим – продемонстрировать, что обвинение (подозрение) имеет под собой вескую фактическую основу.

Данные обстоятельства должны устанавливаться допустимыми доказательствами. Материалы, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, могут рассматриваться и приниматься в расчет лишь при условиях: надлежащего их представления и приобщения к материалам уголовного дела; их проверяемости в судебном заседании.

Органы следствия и дознания в отдельных случаях могут отказать в предоставлении отдельных материалов следствия и дознания, ссылаясь на требования УПК РК о недопустимости разглашения данных предварительного следствия и дознания⁵⁸, поскольку закон не освобождает от обязанности сохранять конфиденциальность. Такое обоснование не должно быть допустимым, так как санкционирование ареста является исключительным видом ограничения фундаментального права на свободу. На практике суд может отбирать у присутствующих в зале суда подписку о недопустимости разглашения без его разрешения имеющих в деле сведений, с предупреждением об ответственности.⁵⁹

При санкционировании ареста не должны иметь доказательного значения составленные ведущими оперативно-розыскную деятельность лицами справки и другие подобные документы:

- выражающие мнение этих должностных лиц о фактах, положении, поведении обвиняемого (подозреваемого)⁶⁰;
- содержащие сведения о противоправных деяниях (преступлениях и проступках) лица, не установленных приговором суда либо другим законным решением;

⁵⁶ Часть 1 ст. 14 Конституции Республики Казахстан. См. также: пункт 11 ст. 7, статью 23 УПК РК.

⁵⁷ См. подробнее предыдущий раздел пособия.

⁵⁸ См. ст. 53 и 205 УПК РК.

⁵⁹ По аналогии со ст. 205 УПК РК.

⁶⁰ Например, недопустимы в качестве доказательств справки о принадлежности лица к преступной группировке, об его «подрывном образе мыслей», «опасных убеждениях» и т.п.

- не пригодные для проверки в судебном заседании, в частности, содержащие ссылки на информацию, полученную от агентуры либо из иных нераскрытых источников⁶¹.

При возникновении спора о юридической силе представленных стороной обвинения материалов, бремя доказывания их допустимости и опровержения утверждений других участников процесса лежит на прокуроре.

Надо иметь в виду, что в соответствии с позицией высших судебных органов Республики Казахстан, допрос подозреваемого во всех случаях оформляется протоколом, составленным в соответствии с требованиями статей 213, 216 и 218 УПК РК. Оформление показаний, полученных при допросе лица, после его фактического задержания в связи с подозрением в совершении преступления в виде «объяснения», «явки с повинной», «допроса в качестве свидетеля» или иных подобных формах по данному факту недопустимо и такие документы в соответствии со статьей 116 УПК не подлежат приобщению к материалам уголовного дела⁶².

Разумеется, сказанное не исключает возможности для сторон пользоваться логической аргументацией, особенно, при обосновании правильности квалификации приписанного деяния. Необходимость логической (и даже психологической) аргументации вытекает, в частности, из того, что ряд обстоятельств, входящих в предмет доказывания по данному вопросу, относятся не к прошлому, а к будущему (например, возможность для обвиняемого (подозреваемого) впоследствии воспрепятствовать установлению истины или скрыться от властей).

Особенности доказывания при обосновании стороной обвинения ходатайства об аресте во многом связаны также с учением о стандартах доказанности. В ряде вопросов, подлежащих доказыванию в рамках данной процедуры, достаточно обосновать позицию не с несомненностью⁶³, а с высокой степенью вероятности.

С несомненностью, например, надлежит установить:

- наличие возбужденного уголовного дела;
- статус лица – обвиняемый или подозреваемый, сведения о его личности и противоправном поведении (пытался скрыться, допустим);
- квалификацию приписанного ему деяния исходя из имеющихся доказательств;
- обоснованность обвинения (подозрения);
- отсутствие правопрепятствующих факторов (скажем, акта амнистии).

С высокой степенью вероятности необходимо доказать, что обвиняемый (подозреваемый) без применения к нему ареста скроется от дознания, предварительного следствия или суда (для подтверждения данного утверждения органы следствия/дознания должны к примеру, представить в суд информацию том, что ранее подозреваемый/обвиняемый скрывался от органов, подозреваемый/обвиняемый приобрел авиа или железнодорожные билеты на свое имя в период предшествующий задержанию и т.п.), либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела, или будет продолжать заниматься преступной деятельностью⁶⁴.

⁶¹ Пункт 6 ч. 1 ст. 116 УПК РК.

⁶² См.: пункт 3 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

⁶³ В англосаксонских правовых системах наивысший стандарт доказанности, используемый при решении судом вопроса о виновности подсудимого, называется «proof beyond a reasonable doubt», то есть «доказанность вины вне всякого разумного сомнения».

⁶⁴ Статья 139 УПК РК.

В итоге анализа всей совокупности факторов, одни из которых будут подтверждены абсолютно, другие – вероятно, прокурор должен доказать, что единственно правильной (необходимой) в данном случае мерой процессуального принуждения будет выступать самая радикальная – арест.

Сама по себе тяжесть предъявленного обвинения (имеющегося подозрения) не может служить причиной заключения лица под стражу в отсутствие оснований полагать, что лицо поведет себя противоправно. Комитет ООН по правам человека придерживается той точки зрения, что подозрение человека в совершении преступления не является достаточным основанием для оправдания его задержания на время расследования и предъявления обвинения. Даже если риск побега обвиняемого (подозреваемого) представляется обоснованным, он не является определяющим в вопросе об обоснованности продолжительности ареста. Поэтому судье надлежит исследовать вопрос о порядке и разумности ведения дела со стороны властей. Опасность побега лица не может оцениваться только на основе суровости возможного наказания⁶⁵.

Предмет доказывания расширяется, когда речь идет об имеющих несовершеннолетних детей женщинах и о несовершеннолетних.

При поступлении в суд ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении женщин, имеющих несовершеннолетних детей, органы уголовного преследования должны привести данные, свидетельствующие о том, что дети будут находиться на попечении близких родственников или иных лиц либо будут помещены в детские учреждения, как того требует ст. 155 УПК РК.

В постановлениях следователя (органа дознания) и прокурора, связанных с возбуждением ходатайства об аресте несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого) обязательно должны быть указаны причины, по которым к подростку не может быть применена менее радикальная мера пресечения. Данное требование вытекает из положения процессуального закона, согласно которому при решении вопроса о применении меры пресечения в отношении несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого) в каждом случае должна обсуждаться возможность избрания такой меры, как передача несовершеннолетнего под присмотр в соответствии со статьей 147 УПК⁶⁶.

Обоснованность обвинения (подозрения)

Важнейшим обстоятельством, входящим в предмет доказывания при рассмотрении ходатайства об аресте, выступает обоснованность обвинения (подозрения). Именно серьезность и дискуссионность данного вопроса заставила вынести его рассмотрение в отдельный пункт.

В законодательстве Республики Казахстан отсутствует явное требование проверять достаточность оснований обвинения (подозрения). 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 обвиняемым (подозреваемым) деяния, квалифицированного следователем по определенной статье Особенной части Уголовного кодекса, подчас «с запасом». Доказанность обвинения (подозрения) и правильность квалификации приписанного человеку деяния не могут произвольно исключаться из сферы судебного контроля при ограничении неотъемлемого права человека на личную неприкосновенность.

⁶⁵ Решение Европейского суда по правам человека от 8 июня 1995 г. по делу Я-си и Саргин против Турции.

⁶⁶ Часть 2 ст. 491 УПК РК.

Данная позиция постоянно звучит в решениях международных органов по защите прав человека. Так, Европейский суд последовательно подчеркивает, что «Наличие разумных оснований в том, что задержанное лицо совершило преступление, является условием *sine qua non*⁶⁷ 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 стражей⁶⁸.

В УПК КР специально отмечается, что «При решении вопросов, связанных с санкционированием ареста, суд ограничивается исследованием материалов дела, относящихся к обстоятельствам, учитываемым при избрании указанной меры пресечения»⁶⁹; так задаются пределы судебного разбирательства ходатайств об аресте. 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. Судье надлежит 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.

Обоснованность обвинения (подозрения) на данном этапе, для целей решения вопроса об аресте прокурор обязан доказать с несомненностью. При этом *виновность подозреваемого (обвиняемого)* будет проверяться впоследствии, в частности, в рамках главного разбирательства. На данном же этапе производства обвиняемый (подозреваемый) пользуются статусом невиновного лица, и его причастность к преступлению пока лишь предполагается с высокой степенью вероятности.

Лица, участвующие в рассмотрении ходатайства

Главным лицом, участвующим в рассмотрении ходатайства, выступает обвиняемый (подозреваемый). Рассмотрение судом ходатайства о санкционировании меры пресечения в виде ареста в отсутствие обвиняемого допускается только в случаях объявления его в розыск или нахождения вне пределов Республики Казахстан и уклонения от явки в органы предварительного следствия при надлежащем уведомлении о времени и месте судебного заседания⁷⁰.

В одном производстве могут быть рассмотрены ходатайства в отношении нескольких обвиняемых, при условии, что:

- речь идет об обвиняемых в рамках одного уголовного дела;
- ходатайства о санкционировании ареста, постановления прокурора и приложения к ним составлены на каждого обвиняемого отдельно.

⁶⁷ (Лат.) – «без которого не», то есть обязательным условием.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Часть 7 ст. 150 УПК РК.

⁷⁰ Часть 8 ст. 150 УПК РК.

- у каждого обвиняемого/подозреваемого есть свой адвокат.

Задержанные органами уголовного преследования лица, в отношении которых предстоит рассмотреть вопрос о санкционировании ареста, размещаются в специально отведенных помещениях в зданиях судов с учетом санитарных и иных требований, предусмотренных для содержания лиц, находящихся под стражей.

При невозможности рассмотрения постановления о возбуждении ходатайства о применении к подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу и принятия решения по существу вследствие недоставления его в суд судья выносит **постановление об оставлении указанного ходатайства без рассмотрения**. Возвращение по этой причине материалов, подтверждающих обоснованность ходатайства, не препятствует последующему обращению в суд с таким ходатайством после создания условий для обеспечения участия обвиняемого (подозреваемого) в судебном заседании.

Обвиняемому (подозреваемому) обеспечивается право на защиту, включая право на квалифицированную юридическую помощь адвоката. Участие защитника должно быть обеспечено органами уголовного преследования. Если защитник не допущен или отсутствует по иным причинам, участие адвоката в качестве защитника по ходатайству обвиняемого (подозреваемого) обеспечивает суд. В случае рассмотрения вопроса о санкционировании ареста в отношении нескольких обвиняемых/подозреваемых проходящих по одному делу, каждому из задержанных лиц, должен быть предоставлен адвокат.

В заседании участвует прокурор. Как уже говорилось выше, о времени и месте судебного заседания извещаются имеющие право в нем участвовать законный представитель обвиняемого (подозреваемого), потерпевший, его законный представитель и представитель. неявка данных участников процесса в случае своевременного их извещения судом о месте и времени судебного заседания не препятствует проведению судебного заседания.

Порядок судебного разбирательства

Судебное разбирательство ходатайства об аресте должно отвечать общим условиям непосредственности, устности, неизменности состава суда, подчиняться законному порядку; по возможности, должна обеспечиваться непрерывность судебного заседания⁷¹.

Заседание суда проходит в условиях гласности, которая ограничивается не иначе как в предусмотренных законом случаях⁷². Ограничение гласности допустимо также по делам несовершеннолетних⁷³.

Пределы судебного разбирательства такого рода подчиняются не требованиям статьи 320 УПК РК, но задаются содержанием ходатайства о санкционировании ареста.

Кроме того, в предмет судебного разбирательства по инициативе стороны защиты могут включаться:

- факты применения к обвиняемому (подозреваемому) пыток и вопросы обеспечения его безопасности в месте содержания под стражей;
- условия его содержания;
- вопросы допустимости доказательств, представленных стороной обвинения.

⁷¹ Статьи 311, 312, 321, 326 УПК РК.

⁷² Статья 29 УПК РК. См. также: Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 6 декабря 2002 года № 25» О соблюдении принципа гласности судопроизводства по уголовным делам».

⁷³ Ст. 482 УПК РК.

Данные обстоятельства могут быть затронуты стороной защиты лишь в связи с рассмотрением ходатайства об аресте, поскольку у нее имеются иные законные способы обжалования отмеченных нарушений.

В случаях, когда жалоба о применении пыток, насилия, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения заявлена в судебном заседании, суду надлежит принять предусмотренные законом меры к ее незамедлительному рассмотрению. Если для полной проверки жалобы необходимо осуществление мер, не входящих в компетенцию суда (доследственная проверка, возбуждение уголовного дела, проведение дознания либо следствия и т.п.), суд выносит постановление, которым возлагает на прокурора осуществление соответствующей проверки с указанием срока предоставления суду материалов проверки⁷⁴.

Принимая решение о санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого) в качестве меры пресечения, о продлении срока ареста, разрешая жалобы обвиняемого на незаконные действия должностных лиц, осуществляющих досудебное производство, суды должны учитывать необходимость соблюдения прав лиц, содержащихся под стражей, предусмотренных статьями 7, 9 и 14 МПГПП. При разрешении ходатайства об освобождении из-под ареста или жалобы на продление срока ареста суду необходимо принимать во внимание положения статьи 7 МПГПП и Конвенцию против пыток и других жестоких бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания^{75, 76}.

Задержанный и его защитник имеют право выступить перед судьей с заявлением по поводу обращения с подозреваемым в период задержания⁷⁷.

Судье при рассмотрении ходатайств стороны защиты об исключении доказательств из числа допустимых по мотивам получения их с применением пыток или в результате иных незаконных действий, следует исходить из того, что обязанность подтверждать законность полученных материалов дела возлагается на обвинителя⁷⁸.

В заседании суда о санкционировании ареста ведется протокол. В соответствии с частью четвертой статьи 328 УПК РК полностью Протокол должен быть изготовлен не позднее пяти суток по окончании судебного заседания, а при объявлении перерыва или отложении разбирательства более, чем на пять суток, изготавливается Протокол состоявшейся части судебного заседания. Протокол в целом или его часть считаются изготовленными с момента их под-

⁷⁴ См.: пункт 13 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

⁷⁵ Принята Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 39/46 от 10 декабря 1984 года). Республика Казахстан присоединилась 29 июня 1998 года.

⁷⁶ Пункт 14 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан» (с изменениями от 21.04.2011 г.).

⁷⁷ Принцип 37 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.)//Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 216.

⁷⁸ См.: пункт 14 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

писания секретарем судебного заседания и судьей, председательствовавшим при рассмотрении дела.⁷⁹

Учитывая ограниченность сроков рассмотрения судом ходатайства и обжалования постановления суда, изготовление протокола, ознакомление с ним сторон, принесение на него замечаний и рассмотрение поступивших замечаний должны осуществляться незамедлительно, желательно, в день вынесения постановления судьей. Соответственно, процессуальные сроки, предусмотренные статьями 329 и 330 УПК, на данную процедуру не распространяются⁸⁰, но они, разумеется, не могут быть превышены.

Подготовительная часть судебного заседания строится по аналогии с тем же этапом главного судебного разбирательства. В начале заседания судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, проверяет явку, представляется, разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их право на отвод, а также другие права и обязанности⁸¹. Здесь же разрешаются ходатайства сторон.

Далее наступает черед своеобразного «судебного следствия». Прокурор обосновывает необходимость избрания в качестве меры пресечения ареста обвиняемого (подозреваемого). Затем исследованию подлежат доказательства. Оглашение документов представившими их сторонами не может считаться единственной формой проверки материалов. В законе нет запрета на непосредственное исследование других доказательств, в частности, путем допроса подозреваемого (обвиняемого), потерпевшего, свидетелей.

Верховный Суд Республики Казахстан прямо предписывает судьям при рассмотрении ходатайств о санкционировании меры пресечения в виде ареста выяснять, когда лицо фактически задержано, на какое время, где оно содержалось, составлялся ли протокол и другие, связанные с этим обстоятельства⁸².

Наконец, стороны выступают, как на прениях, с речами и репликами, после чего, выслушав обвиняемого (подозреваемого), судья удаляется в совещательную комнату для вынесения постановления. Не будет нарушением закона непредоставление обвиняемому (подозреваемому) последнего слова (в смысле, какой придает этому понятию статья 365 УПК), если ему была обеспечена возможность заключить своим выступлениям эти квази-прения сторон.

Постановление судьи

Рассмотрев ходатайство о санкционировании меры пресечения в виде ареста обвиняемого (подозреваемого), судья выносит постановление о санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого), либо об отказе в санкционировании ареста⁸³.

Согласившись с необходимостью ареста обвиняемого (подозреваемого), судья обязан установить срок содержания его под стражей. Этот срок не может превышать того, который ис-

⁷⁹ Пункт 18 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 23 декабря 2005 года № 11 «О применении норм уголовно-процессуального закона о протоколе судебного заседания» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.04.2011 г.)

⁸⁰ Рекомендации (ответы на вопросы) по применению норм Уголовно-процессуального кодекса, регламентирующих санкционирование судами меры пресечения в виде ареста и домашнего ареста. Коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан.

⁸¹ Часть 9 ст. 150, статьи 331 – 344 УПК РК.

⁸² Абзац 1 пункта 4 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

⁸³ Часть 10 ст. 150 УПК РК.

прашивал следователь (орган дознания) и прокурор. Судья вправе санкционировать арест на срок менее двух месяцев. В частности, арест подозреваемого целесообразно санкционировать не более чем до 10 суток, то есть до момента предъявления ему обвинения⁸⁴. Определяя конкретный срок ареста, судья руководствуется не только гуманитарными соображениями, но также учитывает реальную опасность для нормального хода судопроизводства пребывания подозреваемого (обвиняемого) на свободе. Такая опасность снижается по мере приближения к окончанию предварительного расследования, когда потерпевший и основные свидетели уже допрошены, их показания закреплены и эффективно воспрепятствовать установлению истины обвиняемый уже не способен. Как уже говорилось выше, сама по себе тяжесть приписанного обвиняемому (подозреваемому) деяния не может приниматься в расчет при установлении продолжительности пребывания его под стражей.

Законодатель не предусмотрел четкого перечня оснований для отказа судом в санкционировании ареста. Целесообразно, чтобы Постановление об отказе в санкционировании ареста выносилось в следующих случаях.

Во-первых, если прокурор не доказал наличия предпосылок для заключения под стражу и необходимости ареста.

Во-вторых, если прокурор не доказал обоснованности обвинения (подозрения).

В-третьих, когда приписанное обвиняемому (подозреваемому) деяние не содержит, по мнению судьи, состава преступления либо имеются другие препятствующие уголовному преследованию обстоятельства.

В-четвертых, если установлена незаконность задержания.

Задержание лица при отсутствии условий, оснований и мотивов, предусмотренных статьями 132 и 134 УПК, либо свыше трех часов без составления протокола задержания, а также содержание лица под арестом без санкции суда свыше семидесяти двух часов и свыше срока ареста, санкционированного судом, является незаконным, и оно подлежит немедленному освобождению⁸⁵.

По мнению Коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан, в случае отклонения ходатайства о санкционировании ареста судья не должен указывать в постановлении о немедленном освобождении задержанного⁸⁶. Данная позиция сомнительна не только в свете соображений гуманности, но и по смыслу напрашивающейся процессуальной аналогии. Так, при отказе прокурора следователю или органу дознания в поддержании ходатайства о применении ареста, обвиняемый, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи⁸⁷, хотя бы законный срок задержания не истек. Этим же правилом должен, как представляется, руководствоваться и судья.

Подозреваемый во всяком случае должен быть немедленно освобожден из-под стражи судьей:

- если задержание было признано незаконным;

⁸⁴ Часть 1 ст. 142 УПК РК.

⁸⁵ Пункт 8 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

⁸⁶ Рекомендации (ответы на вопросы) по применению норм Уголовно-процессуального кодекса, регламентирующих санкционирование судами меры пресечения в виде ареста и домашнего ареста. Коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан.

⁸⁷ Часть 3 ст. 150 УПК РК.

- когда подозреваемому не было предъявлено обвинение в установленный законом 10-суточный срок⁸⁸.

В случае, когда к моменту провозглашения постановления судьи истекает конституционный 72-часовой срок задержания, определяющим для решения вопроса, о немедленном освобождении подозреваемого из-под стражи служит соблюдение органами уголовного преследования сроков обращения с ходатайством об аресте и предоставления материалов, подтверждающих необходимость избрания столь радикальной меры пресечения. Если данный 12-часовой срок⁸⁹ прокурором не соблюден и вследствие этого судья был лишен возможности разрешить ходатайство об аресте до истечения срока задержания, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи на основании постановления судьи об отказе в удовлетворении ходатайства.

В-пятых, когда будет установлено, что при заключении лица под стражу его жизни, здоровью или жизни, здоровью его близких угрожает реальная опасность, а равно есть вероятность применения к обвиняемому (подозреваемому) пыток или ему угрожает «исчезновение». В данном случае суд подтверждает приоритет основополагающих естественных прав над интересами органов уголовного преследования.

Как справедливо указывает Верховный Суд Республики Казахстан, «особое значение должно быть уделено соблюдению конституционных прав человека и гражданина, в том числе на неприкосновенность достоинства человека, включающего в себя защиту от применения пыток, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения»⁹⁰.

В-шестых, если надлежащим образом извещенный прокурор не явился в судебное заседание либо, явившись, отказался поддержать ходатайство об аресте.

В-седьмых, когда ходатайство об аресте является повторным, то есть содержит просьбу о санкционировании меры пресечения в виде ареста в отношении одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в санкционировании указанной меры пресечения - при отсутствии новых обстоятельств, обосновывающих необходимость ареста.

Постановление судьи выносится в совещательной комнате и во всех случаях провозглашается публично⁹¹.

Судья, признав ходатайство о санкционировании ареста необоснованным, вправе санкционировать вместо ареста домашний арест обвиняемого, но лишь при условии, что в заседании суда прокурор заявил соответствующее ходатайство. Принятие таких решений судьей по собственной инициативе недопустимо. Ходатайство об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения в виде домашнего ареста может быть заявлено прокурором непосредственно после оглашения судьей постановления об отказе в санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого)⁹².

Подлинник постановления судьи незамедлительно направляется в орган уголовного преследования, возбудивший ходатайство о санкционировании ареста, для приобщения к ма-

⁸⁸ Часть 1 ст. 142 УПК РК.

⁸⁹ Часть 4 ст. 150 УПК РК.

⁹⁰ Пункт 1 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

⁹¹ Часть 3 ст. 29,

⁹² Часть 10 ст. 150 УПК РК.

териалам уголовного дела. Заверенные копии постановления судьи направляются или вручаются сразу же после судебного заседания: прокурору; обвиняемому (подозреваемому); потерпевшему.

Частное постановление судьи

Частное постановление выносится судьей в случаях, предусмотренных статьей 387 УПК.

По результатам рассмотрения ходатайства об аресте судье особенно целесообразно вынести частное постановление в следующих случаях.

Во-первых, если были нарушены сроки представления материалов уголовных дел в суд с тем, чтобы виновные были привлечены к дисциплинарной ответственности⁹³.

Во-вторых, частное постановление должно быть вынесено и направлено для принятия мер прокурору, если при рассмотрении ходатайства о санкционировании ареста обнаружится факт подлога при фиксации времени (с точностью до минут) и места задержания подозреваемого⁹⁴.

В-третьих, в целях предупреждения пыток, жестоких или унижающих человеческое достоинство обращения или наказаний судам надлежит выявлять причины и условия, способствующие применению пыток, и выносить частные постановления об их устранении⁹⁵.

В-четвертых, частным постановлением судья может реагировать на выявленные при рассмотрении ходатайства об аресте нарушения закона и прав сторон: на несвоевременное предоставление пострадавшему статуса потерпевшего; на получение от подозреваемого сведений помимо установленного процессуальными нормами порядка допроса (например, в форме «добровольного и чистосердечного признания», «объяснений»).

В-пятых, частное постановление уместно, когда речь идет о нарушении конституционного 72-часового срока задержания лица.

ПОСЛЕСЛОВИЕ

Быть свободным – это счастье. Право находиться на свободе не дарят, его не нужно доказывать и заслуживать, оно, будучи неотделимым от человеческой личности, принадлежит каждому от рождения.

Автор этой работы опросил 157 студентов-юристов, используя метод свободных ассоциаций. Респондентам, в частности, предлагалось сообщить, не размышляя, что им приходит в голову, когда они слышат слово «свобода». Двое из будущих правоприменителей, не задумываясь, выпалили: «Свобода – лишение свободы». Многие автоматически перечисляли конституционные «свободы»: слова; печати; вероисповедания. Однако более трети опрошенных молодых людей продемонстрировали незамутненный профессиональными установ-

⁹³ См.: распоряжение Председателя Верховного Суда Республики Казахстан от 15 августа 2008 г. № 2-12-11/ 2633.

⁹⁴ Пункт 4 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

⁹⁵ Там же, пункт 22.

ками человеческий подход. В их душах свобода связана с «волей», «жизнью», «песней», «полетом».

Известно, что в 2009 году в суд Республики Казахстан поступило 25 072 ходатайства о заключении обвиняемых (подозреваемых) под стражу; из них было удовлетворено 24 137 ходатайств (96,3%). Таким образом, арест избирался в качестве меры пресечения по 42,5% уголовных дел. Постоянное согласие судей с запросами органов уголовного преследования ставит под сомнение эффективность актов судебного контроля, делает их фиктивно-демонстративными. Судебная рутина отнимает свободу у несоразмерно большого числа людей, заслуживающих более бережного к себе отношения.

В качестве итога позвольте привести соображения, реализация которых, как представляется автору, придает процедуре судебного санкционирования арестов (habeas corpus) правовой характер.

1. Судебное санкционирование арестов – это акт правосудия, вытекающий из конституционных прерогатив судебной власти, подчиняющийся общим условиям судебного разбирательства.

2. Человек имеет право находиться на свободе до суда, то есть до рассмотрения его уголовного дела по существу компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Он пользуется статусом невиновного, как бы с ним не обращались и в чем бы его ни обвиняли (подозревали).

3. Никто не может быть арестован, если обвинение (подозрение) не обосновано в должной мере совокупностью допустимых доказательств, представленных судье органами уголовного преследования.

Декабрь 2010 г.